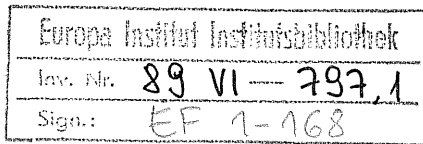


herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL


Mag. Gottfried Musger
Graz

Die wesentliche Vertragsverletzung —
Probleme des Art. 25 WKR und
Parallelen im österreichischen Recht



Vortrag vor dem Europa-Institut der
Universität des Saarlandes in Saarbrücken
am 28. Oktober 1989

1989 © Europa-Institut
Universität des Saarlandes
Nicht im Buchhandel erhältlich
Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,— DM



INHALTSÜBERSICHT

I. Einleitung	1
II. Grundlegendes zur "Wesentlichen Vertragsverletzung"	5
A. Problemstellung	5
B. Wesentlicher Nachteil	6
1) Die Lehre	6
2) Eigene Auffassung	7
a) Verbalinterpretation	7
b) Systematische Interpretation	8
c) Historische Interpretation	10
d) Versuch einer Lösung	12
aa) Fortfall eines vertragsleitenden Interesses	12
bb) Fortfall eines vertraglich geschützten Interesses	13
cc) Vertragsauslegung im WKR	14
dd) Vertragsauslegung und Art 25	15
ee) Parallele zur Lehre vom Schutzzweck der Norm	16
e) Zwischenergebnis	17
C. Unvorhersehbarkeit	19
1) Die Lehre	19
2) Eigene Auffassung	20
a) Verbale und systematische Interpretation	20
b) Historische Interpretation	20
c) Versuch einer Lösung	21
D. Bewertung des vertretenen Modells	22

III. Die Illustration des Modells an typischen Fällen	23
A. Verzögerte Lieferung der Ware	23
1) Problem	23
2) Die Rechtslage nach österreichischem Recht	25
a) Unterscheidung Fixgeschäft–Termingeschäft	25
b) Fixgeschäft	26
c) Verzugsfolgen	28
d) Wesentlichkeitskriterien	29
3) Die Rechtslage nach WKR	30
a) Ausdrückliche Vereinbarung	30
b) Vertragsauslegung	31
c) Der Vorhersehbarkeitstest	32
4) Vergleich: Österreichisches Kaufrecht – WKR	33
B. Zum Verhältnis zwischen Wesentlichkeit und Behebbarkeit	35
1) Problem	35
2) Die Rechtslage nach österreichischem Recht	36
a) Grundsatz: Wandlung nur bei wesentlichen, unbehebaren Mängeln	36
b) Einschränkungen dieses Grundsatzes	37
c) Bewertung der österreichischen Lösung	40
3) Die Rechtslage nach WKR	41
a) Die Lehre	41
b) Eigene Auffassung	43
4) Vergleich: Österreichisches Kaufrecht – WKR	53
IV. Abschließende Bewertung	55
A. Zum Konzept der wesentlichen Vertragsverletzung im österreichischen Recht	55
B. Zum Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung im WKR	56
Anhang: Literaturverzeichnis	58
Entscheidungssammlungen	64

DIE WESENTLICHE VERTRAGSVERLETZUNG

PROBLEME DES ART 25 WK¹ UND PARALLELEN IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT

"Die Vernünftigkeit juristischer Argumentation ist in dem Umfang, in dem sie durch das Gesetz determiniert ist, relativ auf die Vernünftigkeit der Gesetzgebung." (ALEXY, Theorie der juristischen Argumentation 351).

I. EINLEITUNG

Art 25² ist ein Angelpunkt des Wiener Kaufrechts³. Ist eine Vertragsverletzung "wesentlich" im Sinne dieser Bestimmung, dann kann die beschwerte Partei Aufhebung⁴ des Vertrages (Art 49 I a bzw Art 64 I a) oder den Austausch mangelhafter Ware (Art 46 II) verlangen. Ist sie es nicht, bleiben neben dem Erfüllungsbegehren (Art 46 I bzw Art 62) in der Regel nur mehr Schadenersatz (Art 74ff), Preisminderung (Art 50) und Verbesserungsanspruch (Art 46 III).

¹ "Wiener Kaufrecht": Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980. Die authentischen Fassungen (arabisch, chinesisch, französisch, englisch, russisch und spanisch) sind veröffentlicht bei BIANCA, Commentary 683ff. Nicht authentische deutsche sowie englische und französische Fassung in öBGBL 1988/96. Das Schrifttum wurde bis Anfang Juli 1989 berücksichtigt und wird abgekürzt zitiert; vgl dazu das Literaturverzeichnis am Ende des Textes.

² Artikelangaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das WK¹.

³ So ausdrücklich HUBER, RabelsZ 1979, 521; ähnlich BIANCA/WILL, Commentary 205; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 50; DERS, JZ 1988, 1043; ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 73; TUNC, in Collection 328 ("Tout le système est ... fondé sur la notion de contravention essentielle au contrat"); schon für das EKG von CAEMMERER, in FS Coing 35.

⁴ So der nicht authentische deutsche Text. In den Originalsprachen der Konvention (soweit zugänglich): avoidance, résolution, resolución. In der Sache geht es darum, daß Leistungen nicht mehr gefordert werden können und bereits erbrachte Leistungen rückabzuwickeln sind. HELLNER (ZGG 1988, 261; ebenso schon von CAEMMERER, SJZ 1981, 265) weist darauf hin, daß die Aufhebung in aller Regel nicht zum *vollständigen* Erlöschen des Vertrages führt, da ja auf ihm beruhende Schadenersatzansprüche bestehen bleiben. Wenn im folgenden von Beendigung oder Lösung des Vertrages gesprochen wird, bedeutet dies nur, daß die oben genannten Wirkungen (keine weiteren Leistungspflichten, Rückforderbarkeit) eintreten. Der Frage, inwieweit der Vertrag trotz "Beendigung" noch Nachwirkungen (Schadenersatz- und Restitutionspflichten) zeitigt, soll durch diese Wortwahl nicht vorgegriffen werden.

Dieses Konzept existierte ansatzweise zwar schon im Haager Kaufrecht. Es hatte dort aber nicht gleich weitreichende Konsequenzen: die meisten Vertragsverletzungen konnten nach Verstreichen einer ungenutzt gebliebenen Nachfrist ohne weiteres zur Beendigung des Vertrages führen. Die Frage nach der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung entschied also nur über das "Wann", nicht über das "Ob" der Lösbarkeit des Vertrages⁵.

Im WKR wurde dieser Grundsatz nur für den Fall der Verletzung von Hauptpflichten (Lieferung, Zahlung, Annahme) beibehalten (Art 49 I b bzw Art 64 I b). Im weiten Bereich dessen, was im deutschen Rechtskreis als "Gewährleistung" und "Positive Vertragsverletzung" qualifiziert wird, kommt der "Wesentlichkeit" einer Vertragsverletzung dagegen nunmehr eine wahrhaft "wesentliche" Bedeutung zu⁶. Eine "unwesentliche" Vertragsverletzung kann nämlich in solchen Fällen nicht durch Nachfristsetzung zur wesentlichen "aufgewertet" werden und so zur Lösung vom Vertrag berechtigen⁷.

Das rechtstechnische Prinzip, bezüglich der Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung nach deren "Wesentlichkeit" zu unterscheiden, erfährt eine seltsam differenzierte rechtsvergleichende Bewertung: die einen halten es für "unfamiliar in many parts of the world"⁸, andere sehen es als durchgängigen Grundsatz moderner Kaufrechte⁹.

Dieser scheinbare Widerspruch ist aber leicht aufzulösen. Der *Begriff* "wesentliche Vertragsverletzung" ist in der Tat etwas Ungewöhnliches. Wenn im eigenen Recht noch streng zwischen Leistungs-, Neben-, Schutz-

⁵ DÖLLE/HUBER, ART 10 EKG RZ 15f; LESER, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 231. Anderes galt nur bei den "sonstigen Pflichten" der Art 55 und 70 EKG (Versicherungs-, Montagepflicht, Preisbindungen etc; vgl DÖLLE/HUBER Art 55 EKG RZ 14ff und DÖLLE/von CAEMMERER Art 70 EKG RZ 1ff): da hier keine Nachfristsetzung möglich war, entschied das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung über die Lösbarkeit des Vertrages an sich.

⁶ HUBER, JBl 1989, 283.

⁷ Diese Formulierung gebrauchte erstmals SCHLECHTRIEM, Einheitliches UN-Kaufrecht 69; ihm folgend von CAEMMERER, in FS COING 51; LESER, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 231; EBENROTH, JBl 1986, 690; in der Sache schon deutlich HUBER, RabelsZ 1979, 485f.

⁸ BIANCA/WILL, Commentary 205.

⁹ Für das bundesdeutsche und österreichische Recht SCHLECHTRIEM, RdW 1989, 48; allgemein TREITEL, International Encyclopedia 16-161; ZWIGERT/KÖTZ, Einführung II 230f; TALLON, in Law in East and West / Recht in Ost und West 606 und grundlegend RABEL, Recht des Warenkaufes I 524ff.

und Garantiepflichten¹⁰ unterschieden wird und sich an diese Differenzierung auch noch unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen, dann muß ein *einheitlicher Begriff* der Vertragsverletzung¹¹ schon *als solcher* suspekt erscheinen. Wenn dann diese "horizontal" einheitliche Vertragsverletzung noch "vertikal" - nach ihrem Gewicht - unterteilt wird¹², ist das Verdikt "unfamiliär" vom *systematischen* Standpunkt aus gesehen zutreffend.

Dieser Blickwinkel ändert sich sofort, wenn man die Problematik *funktional* betrachtet: Wann lassen die nationalen Kaufrechte die Beendigung eines Vertrages zu - bei jeder Zuwiderhandlung gegen einzelne Vertragspflichten (wie auch immer diese systematisch einzuordnen sind), oder nur dann, wenn "the default attains a certain minimum of seriousness"¹³?

Daß letzteres zumindest für das deutsche Recht zutrifft, steht für SCHLECHTRIEM außer Zweifel. Auch im österreichischen Recht gilt seiner Meinung nach das gleiche¹⁴.

Die vorliegende Arbeit verfolgt einen dreifachen Zweck.

(i) Sie will einerseits versuchen, einige "alte" Streitfragen in Zusammenhang mit Art 25 etwas tiefergehend zu behandeln: Wann entgeht einer Partei im wesentlichen, was sie nach dem Vertrag erwarten darf? Bezogen auf welchen Zeitpunkt ist die "Unvorhersehbarkeit" des Art 25 zu prüfen? Antworten auf diese Fragen sind bei isolierter Betrachtung des Art 25 unmöglich. Es ist vielmehr unerlässlich, stets die *Funktion* der "wesentlichen Vertragsverletzung" im Auge zu behalten. Soll es der beschwerten Partei erlaubt sein, sich vom Vertrag zu lösen oder den wirtschaftlich

¹⁰ Vgl für das deutsche Recht bloß BASEDOW, Reform 29 und LARENZ, Schuldrecht II/1, 27ff.

¹¹ Wie er im WKR verwendet wird: SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 63; HUBER, RabelsZ 1979, 460; EBENROTH, JBl 1986, 690; Welser, in DORALT (HRSG), UNCITRAL-Kaufrecht 116 (mit dem Hinweis, daß der Sache nach natürlich alle bekannten Phänomene erfaßt sein müssen). Ebenso schon im EKG: vgl HUBER, in Gutachten 699.

¹² Vgl zur horizontalen Gesetzgebungstechnik - alle Pflichten werden gemeinsam mit möglichst allgemeinen Vorschriften über die Folgen ihrer Verletzung geregelt - HELLNER, ZGG 1988, 257.

¹³ So TREITEL, International Encyclopedia 16-161.

¹⁴ SCHLECHTRIEM, RdW 1989, 48.

gleich schwerwiegenden Austausch der Ware¹⁵ zu verlangen, oder soll sie auf andere Rechtsbehelfe beschränkt bleiben?

(ii) Ausgehend von dieser generellen Analyse sollen zwei Spezialprobleme erörtert werden: Wann ist bei Nichtlieferung die sofortige Beendigung des Vertrages zulässig? Spielt die Behebbarkeit eines Sachmangels oder ein Verbesserungsangebot des Verkäufers bei der Beurteilung der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung eine Rolle?

(iii) Schließlich soll noch der Vermutung SCHLECHTRIEMS¹⁶ nachgegangen werden, auch das österreichische Recht kenne der Sache nach die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsverletzungen: Es steht außer Zweifel, daß dem österreichischen ABGB eine durchgehende *systematische* Differenzierung nach diesem Kriterium fremd ist. Grund dafür ist nicht zuletzt das Fehlen eines einheitlichen Vertragsverletzungsbegriffes¹⁷. Läßt sich die Aussage SCHLECHTRIEMS dennoch zumindest für Teilbereiche - Nichtlieferung und Mangelhaftigkeit der Ware - verifizieren? Inwiefern unterscheidet sich die Lösung des österreichischen Kaufrechts trotz eventueller *funktionaler* Ähnlichkeit von jener des WKR?

Der zweite und der dritte Fragenkomplex stehen in einem dialektischen Verhältnis zueinander. Kann man im WKR neue Ideen finden, um (Jahrhunderte-)alte Streitfragen des österreichischen Kaufrechts in einem anderen Licht zu sehen? Gibt das ABGB Anregungen zur Interpretation des weit offenen Rechtsbegriffes der "wesentlichen Vertragsverletzung"?

¹⁵ Zum wirtschaftlich gleichen Gewicht vgl nur SCHLECHTRIEM, RdW 1989, 48 und BIANCA/WILL, Commentary 338; im folgenden wird die Bedeutung des Art 25 für den Austauschanspruch nicht eigens erwähnt, sondern nur auf den Hauptanwendungsfall der wesentlichen Vertragsverletzung - Voraussetzung für die Vertragsaufhebung - bezug genommen. Zum Verhältnis zwischen Austauschanspruch und Vertragsaufhebung siehe unten III B 3 b cc.

¹⁶ Oben FN 14.

¹⁷ WELSER, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 116. Im Gegensatz zum bundesdeutschen Recht wird aber nicht mehr starr zwischen Leistungs- und Garantieplichten unterschieden. Vielmehr werden sowohl die Leistungsstörungen iES als auch Gewährleistungsansprüche in ein einheitliches Konzept der Leistungsstörungen iWS eingeordnet; vgl KOZIOL/WELSER, Grundriß I 222 und speziell für das Gewährleistungsrecht REISCHAUER, ÖJZ 1976, 57ff (mit Verweis auf diesbezügliche Aussagen RABELS) sowie WILHELM, JbI 1975, 118 mwN in FN 13. Die dogmatische Differenzierung ist also - im Gegensatz zum bundesdeutschen Recht - überwunden, die "technische" Unterscheidung bleibt aber - im Gegensatz zum WKR - bestehen.

Es steht außer Frage, daß internationales Einheitsrecht "aus sich heraus" ausgelegt werden muß¹⁸. Aber gerade dann, wenn mehrere Interpretationsvarianten denkbar sind, kann der Blick in eine nationale Rechtsordnung befruchtend wirken. Daß es sich dabei um eine Gratwanderung zwischen Auslegung der Konvention und "Hineinlegung" eines nationalen Konzeptes handelt, ist evident. Trotzdem soll sie versucht werden: erfolgversprechender als zirkuläres Denken (allein) im Wortlaut der Konvention ist sie allemal.

II. GRUNDLEGENDES ZUR "WESENTLICHEN VERTRAGSVERLETZUNG"

A. Problemstellung

Anders als das deutsche und das österreichische Kaufrecht kennt das WKR einen einheitlichen Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung, der bei der Sanktionierung aller Zuwiderhandlungen gegen einen Kaufvertrag - sei es (nach deutscher Terminologie) Verzug, Sachmangel oder positive Vertragsverletzung - eine Rolle spielt. Es lag daher nahe, diesen einheitlichen Begriff in einem allgemeinen Teil auch einheitlich zu definieren¹⁹. Dies ist in Art 25 geschehen.

Die Definition des Art 25 WKR besteht aus zwei Komponenten:

- Aufgrund einer Vertragsverletzung entstand ein Nachteil der anderen Partei, durch den ihr im wesentlichen entgeht, "was sie nach dem Vertrag

¹⁸ Vgl nur Commentary on the Draft Convention, Official Records I 17f und BIANCA/BONELLI, Commentary 72ff (74).

¹⁹ Die Notwendigkeit einer solchen Definition wird bestritten von EÖRSI, AmJCompl 31 (1983) 336ff (unter der Überschrift "The Evil of Definition or the Principle of 'Fundamental Breach'"). Er listet die Probleme auf, die sich aus der letztlich Gesetz gewordenen Fassung des Art 25 ergeben, und meint: "And all this out of a desire to define at a high abstract level something that cannot be defined at all." (aaO 341). Ebenso äußerst kritisch zum Ergebnis der Beratungen, ohne jedoch die Notwendigkeit einer Definition prinzipiell in Zweifel zu ziehen, PLANTARD, in Wiener Übereinkommen 116: "On peut regretter que la définition finalement révisée et adoptée ... ne soit ni la plus claire, ni la plus élégante parmi toutes celles, également imprécises, qui ont été envisagées." Es soll in dieser Arbeit gezeigt werden, daß die Definition des Art 25 WKR entgegen der Ansicht EÖRSIS (AmJCompl 31 (1983) 336) nicht so inhaltsleer ist, daß sie bloß noch der nachträglichen Rechtfertigung einer vom Richter bereits "instinktiv" aufgrund von "all circumstances" getroffenen Entscheidung dienen kann.

hätte erwarten dürfen" (in der Folge: "wesentlicher Nachteil"²⁰).

- Dieser Nachteil wurde von der vertragsbrüchigen Partei weder vorhergesehen, noch war er ihr nach einem Reasonable-man-Standard vorhersehbar (in der Folge: "Unvorhersehbarkeit"²¹).

Aufgrund der Formulierung von Art 25 herrscht weitgehend Einigkeit, daß Vertragsverletzung und wesentlicher Nachteil von der beschwerten Partei zu beweisen sind. Die vertragsbrüchige Partei kann sich durch den Nachweis fehlender Vorhersehbarkeit entlasten.²²

In diesem Abschnitt sollen zwei Fragen untersucht werden: vorausgesetzt, ein Kaufvertrag wurde verletzt,

- wann liegt ein wesentlicher Nachteil der anderen Partei vor, und
- für welchen Zeitpunkt hat die vertragsbrüchige Partei die fehlende Vorhersehbarkeit nachzuweisen?

Es wird sich zeigen, daß bei näherer Betrachtung die scheinbar so klare Grenze zwischen diesen beiden Fragen verschwimmt.

B. Wesentlicher Nachteil

1) Die Lehre

In der Literatur zum WKR steht außer Streit: Ob ein wesentlicher Nachteil vorliegt, muß anhand des konkreten Vertrages entschieden werden. Ausgangspunkt sei der Wegfall des Interesses der beschwerten Partei am weiteren Leistungsaustausch. Dieser Interessenfortfall soll aber nur dann relevant sein, wenn das Interesse auf Erwartungen basiert, "die aus dem Vertrag hervorgehen"²³.

²⁰ "Substantial detriment": Diese Kurzformel verwendet auch BIANCA/WILL, Commentary 210 et passim. Dabei muß aber beachtet werden, daß diese nunmehr als Kürzel gebrauchte Formulierung in der Draft Convention (Art 23; Official Records I 27) als Gesetzestext vorgesehen gewesen war. Vgl dazu unten II B 2 c.

²¹ "Unvorhersehbarkeit" soll also sowohl das Nicht-Vorhersehen durch die konkrete Partei als auch durch eine "reasonable person" bedeuten. Die beiden Elemente müssen kumulativ vorliegen, um die Partei zu entlasten. Vgl dazu bloß BIANCA/WILL, Commentary 216f (mißverständlich jedoch aaO 215).

²² Vgl dazu nur BIANCA/WILL, Commentary 216 mWN.

²³ So wörtlich ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 73; ähnlich zB BIANCA/WILL, Commentary 215 ("but instead tied to the terms of the existing contract"); von CAEMMERER, SJZ 1981, 265 ("Sinn des Vertra-

So weit, so klar: die privatautonome Regelung des Vertrages selbst soll entscheiden, ob eine Verletzung wesentlich ist oder nicht.

Nach dieser Feststellung wird die generelle Diskussion über den wesentlichen Nachteils aber oft abgebrochen und bei typischen Einzelfällen fortgesetzt. Es wird gefragt, wann Nichtleistung, Mangelhaftigkeit der Ware oder Verletzung von Neben- und Schutzpflichten zu einem wesentlichen Nachteil führen²⁴. Dem *missing link* soll in der Folge nachgespürt werden: wie läßt sich *allgemein* feststellen, was eine Partei aufgrund des Vertrages erwarten darf - denn nur wenn ihr *das* "im wesentlichen" entgegensteht, sind die Bedingungen des ersten Tests von Art 25 erfüllt.

2) Eigene Auffassung

a) Verbalinterpretation

Der Wortlaut von Art 25 WKR hilft nicht entscheidend weiter; er wird im

ges"); EBENROTH, JBl 1986, 691 ("Element der Leistung, welches ... für den Vertragsgegner erkennbar von entscheidender Bedeutung war"); GHESTIN, Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal 1988, 22 ("Le terme substantiellement se réfère aux qualités substantielles ... ayant exercé une influence déterminante sur le consentement"); POSCH, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 161 ("aus den konkreten Vereinbarungen eines Kaufvertrages"); SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 69 ("The question of whether the damages ... amount to a (wohl: *fundamental*; das Fehlen dieses Wortes im Text muß ein Redaktionsversehen sein) breach ... does not depend on the amount of damages, but rather on the terms in the contract"). Sogar für die objektivere Fassung der Draft Convention wurde dies vertreten: BEINERT, Wesentliche Vertragsverletzung 90. Unklar SCHEIFELE, Rechtsbehelfe 117f (wegen des Verweises auf § 326 II BGB, wo ja gerade einseitiger Interessenfortfall ausreicht). AA jedoch HONNOLD, Uniform Law RZ 183, der "entitled to expect" anscheinend allein auf das Bestehen von vertraglichen Pflichten, "substantially deprives" dagegen auf die (objektiven) "consequences" der Vertragsverletzung bezieht. Diese "consequences" müßten im Zeitpunkt der Vertragsverletzung vorhersehbar sein. Vom Wortlaut her möglich und in sich schlüssig, widerspricht diese Ansicht der Entstehungsgeschichte von Art 25 (vgl unten 2 c). Weiters führte sie dazu, daß eine bei Vertragsabschluß als unwesentlich zu qualifizierende Verletzung von vertraglichen Pflichten durch nachträgliche Mitteilungen über - an sich für den Vertragspartner unvorhersehbare - Konsequenzen zur wesentlichen "aufgewertet" und so die vertragliche Risikoverteilung über den Haufen geworfen werden könnte.

²⁴ Typisch etwa SCHLECHTRIEM, RdW 1989, 48ff; ebenso HONNOLD, Uniform Law RZ 184f; LESER, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 230f; ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 73f; von CAEMMERER, FS COING 51f. Prinzipiell gegen allgemeine Erwägungen EÖRSI, AmJCompL 31 (1983) 337. Ausführlicher auf abstrakter Ebene dagegen BIANCA/WILL, Commentary 210ff.

Gegenteil von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt und steckt so einen weiten - zu weiten?²⁵ - Rahmen für die Auslegung.

b) Systematische Interpretation

Für die Ermittlung dessen, was eine Partei "nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen", liegen keine Anhaltspunkte systematischer Art vor. Die Fügung "entitled to expect under the contract" wird an keiner anderen Stelle der Konvention verwendet.

Anderes scheint für die Worte "im wesentlichen" zu gelten. Der französische Text spricht von "priver substantiellement" und verwendet den Begriff "substantiellement" auch in Art 19. Gleiches gilt für das "sustencialmente" der spanischen und das "im wesentlichen" der (nicht authentischen) deutschen Fassung. Somit stellt sich die Frage, ob die Regelung des Art 19 zur Interpretation des Art 25 herangezogen werden kann²⁶. Dies wäre insofern vorteilhaft, als in Art 19 III klar definiert wird, was - im gegebenen Kontext - (jedenfalls) als wesentlich zu gelten hat.

Gegen diese Auslegung sprechen mehrere Gründe.

Zum ersten wird die verbale Übereinstimmung der Art 19 und 25 in bezug auf den Begriff "wesentlich" nicht von allen Fassungen des WKR geteilt. So verwendet der englische Text in Art 19 das Wort "material" und läßt damit keine Assoziation zum "substantially" des Art 25 aufkommen.

Viel wichtiger als dieses formale Argument ist jedoch der fundamentale Unterschied in der Funktion der Begriffe. In Art 19 geht es darum, in gewissen Fällen einen Vertrag ohne volle Übereinstimmung von Angebot und Annahme entstehen zu lassen²⁷. Daß dies die Ausnahme sein muß, liegt auf der Hand; schließlich handelt es sich dabei um die teilweise

²⁵ "Meditation over terms as pregnant with connotations as "fundamental", "substantial" or "forseeable" never ends, nor does controversy about their meaning.": BIANCA/WILL, Commentary 209; zur Gefahr der Rechtsunsicherheit von CAEMMERER, SJZ 1981, 265 und TALLON, in Law in East and West / Recht in Ost und West 606ff ("imprecision inévitable"); generell zur Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im WKR EÖRSI, AmJCompL 31 (1983) 333ff (mit dem TUCHOLSKI-Zitat "Schließen wir 'nen kleinen Kompromiß" auf S. 345) und REISHOFER, in DORALT(Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 134.

²⁶ So JABORNEGG, Diskussionsbeitrag, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 135 (mit ablehnender Replik von DORALT).

²⁷ BIANCA/FARNSWORTH, Commentary 178ff mWN.

Durchbrechung des Grundsatzes der Privatautonomie. Es ist daher verständlich, daß Art 19 III beinahe jeden denkbaren Inhalt eines Vertrages als "wesentlich" qualifiziert und so den Anwendungsbereich von Art 19 II extrem reduziert²⁸.

Anders die "Wesentlichkeit" in Art 25. Hier geht es darum, der beschwerten Partei zusätzlich zu den allgemeinen Rechtsbehelfen auch noch die Auflösung des Vertrages zugänglich zu machen. In diesem Zusammenhang existiert wohl kein Grundsatz, der jenem der Privatautonomie in einer Weise gleichkäme, daß er alle "unwesentlichen" Vertragsverletzungen als letztlich regelwidrige Ausnahmen erscheinen ließe. Die durch die Qualifikation einer Vertragsverletzung als unwesentlich implizierte Bindung der beschwerten Partei an den mangelhaft erfüllten Vertrag ist vielmehr eine in vielen Rechtssystemen anerkannte Regel²⁹. Sie erscheint angesichts eines typischerweise³⁰ hohen Transportkostenanteils gerade in einem Übereinkommen, das *internationale* Käufe regelt, angemessen³¹.

Dies führt zwar nicht zwingend dazu, daß die Unwesentlichkeit einer Vertragsverletzung die Regel und die Wesentlichkeit die Ausnahme sein muß; diese Auslegung liegt jedoch nahe und wird von einer Mehrheit im

²⁸ BIANCA/FARNSWORTH, Commentary 180; BYDLINSKI, in DORALT, (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 72f.

²⁹ Vgl oben FN 9.

³⁰ Gegen diese Argumentation wird manchmal eingewendet, die Interessenlage könne ja auch anders sein: WKR sei auch anwendbar zwischen Salzburg und Freilassing (also bei einer Entfernung von wenigen Kilometern zwischen Verkäufer und Käufer in *verschiedenen Staaten*), HGB dagegen zwischen Freilassing und Flensburg (also bei großer Entfernung zwischen den Vertragspartnern im *selben Staat*). Daher sei die Argumentation mit den "typischen" Interessen verfehlt. Konsequenterweise müßte dann auf diese Argumentation aber auch im Mieter-, Arbeitnehmer- und Konsumentenschutzrecht verzichtet werden, weil es ja auch Fälle geben kann, in denen Mieter, Arbeitnehmer oder Konsumenten wirtschaftlich stärker sind als ihre Vertragspartner. Die Fragwürdigkeit dieser Ansicht liegt auf der Hand. Der Gesetzgeber hat ebenso wie der wissenschaftliche Interpret einen typischen Fall im Auge - im internationalen Kaufrecht unter anderem auch die *tendenziell* größere Entfernung zwischen den Vertragspartnern -; nur so können überhaupt sinnvolle Regelungen getroffen bzw Aussagen gemacht werden. Die Bewältigung atypischer Fälle muß - will man nicht ermüdender Kasuistik anheimfallen, die trotzdem nie jeden denkbaren Sachverhalt erfassen kann - dem Rechtsanwender überlassen bleiben.

³¹ Von CAEMMERER, in FS COING 50f; MICHIDA, AmJCompL 27 (1979) 279, 281; ZIEGEL, in GALSTON/SMIT (Hrsg), International Sales 9-12; BIANCA/WILL, Commentary 363.

Schrifttum geteilt³². Die gegenteilige Auffassung ist jedenfalls nur schwer begründbar³³.

Somit fehlt jedes Argument dafür, Art 19 III zur Auslegung von Art 25 heranzuziehen.

c) Historische Interpretation

Daß sich bei der Wiener Konferenz letztlich die Vertragsbezogenheit des wesentlichen Nachteils durchgesetzt hat, wurde bereits erwähnt. Die näheren Erwägungen der Gesetzesverfasser liegen jedoch im Dunkeln. Ein kurzer Blick in die Entstehungsgeschichte des Art 25 belegt diese Aussage.

Während Art 10 EKG von einem "subjektiven"³⁴ Konzept ausgegangen war - bei Vertragsschluß erkennbares Desinteresse am gebrochenen Vertrag -, hatte die Draft Convention ein gemischtes Modell vorgeschlagen: vorhersehbarer wesentlicher Nachteil³⁵.

Bei der Feststellung dieses "wesentlichen Nachteils"³⁶ fehlte anscheinend jede Vertragsbezogenheit. Der Begriff stand ohne Definition im Raum; auf

³² ZB von CAEMMERER, in FS COING 50 ("soweit als möglich einschränken"); EÖRSI, AmJCompL 31 (1983) 334 ("definitely opposed to avoidance"); GHESTIN, Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 1988, 21 ("La résolution du contrat est vue avec défaveur par la Convention."); SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 78 ("general tendency to curtail the remedy of avoidance"); Großkommentar HGB/KOLLER vor § 373 RZ 653 ("im Zweifel nicht gestattet, sich vom Vertrag loszusagen") und HUTTER, Haftung 139 ("strenge Beschränkung").

³³ Und wird, soweit ersichtlich, nur von HUBER, RabelsZ 1979, 485 vertreten. SCHLECHTRIEM, RdW 1989, 49 und LESER, Diskussionsbeitrag, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 256 prognostizieren zwar dieses Ergebnis für die deutsche Rechtsprechung zum WKR, äußern aber keine Meinung dazu.

³⁴ Die Begriffe "objektiv" und "subjektiv" werden im Zusammenhang mit Art 25 in verwirrender Differenziertheit verwendet. Im folgenden soll "subjektiv" im Sinn von partei- bzw vertragsbezogen, "objektiv" im Sinn von partei- bzw vertragsunabhängig verstanden werden. Gänzlich anders zB TUNC, in Collection 329 et passim; wie hier dagegen JEN-HUONG WANG, ZVglRWiss 87 (1988) 197. Auch der Sprachgebrauch auf der Wiener Konferenz war nicht einheitlich: vgl zB GHESTIN (Official Records II 329) und LEEDEV (Official Records II 330) (wie hier) mit SCHLECHTRIEM (Official Records II 329f) und BONELL (Official Records II 330). Treffend zur Sprachverwirrung EÖRSI, AmJCompL 31 (1983) 344f: die Bezeichnung einer Formulierung als "objektiv" ist meist (positives) Werturteil.

³⁵ Official Records I 26.

³⁶ Hier nicht Kurzformel, sondern Gesetzestext!

den hypothetischen Willen der beschwerten Partei zurückzugreifen sollte nicht mehr erforderlich sein³⁷.

Als "subjektives" Korrektiv dieses "objektiven" Merkmals diene die "Vorhersehbarkeit": war der objektiv wesentliche Nachteil für die vertragsbrüchigen Partei nicht erkennbar, sollte keine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen.

In den Beratungen des zuständigen Unterausschusses tauchte aber bald der Gedanke auf, die Scheinobjektivität des Begriffs "wesentlicher Nachteil" aufzugeben und zum Vertrag als Maßstab zurückzukehren³⁸. Ähnliches hatte ja im EKG gegolten; der Interesseseftall der beschwerten Partei hatte dem Vertragspartner bei Vertragsschluß erkennbar sein müssen.

Diesbezügliche Anträge wurden von der tschechslowakischen und der bundesdeutschen Delegation gestellt³⁹. Wegen der Schwierigkeit der Materie wurde eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die sich zu folgender Formulierung durchrang: "...such detriment to the other party as will substantially impair his expectations under the contract"⁴⁰.

Bei der Behandlung dieses Vorschlags im Unterausschuß herrschte einige Konfusion. Manche meinten, der geänderte Text bringe inhaltlich nichts neues (außer einer "more complicated phraseology"⁴¹). Andere vertraten dagegen die Auffassung, nun sei der Vertrag, wie von der deutschen Delegation vorgeschlagen, zum "yardstick for the breach of contract" geworden⁴².

Die neue Variante setzte sich mit 22 zu 18 Stimmen durch⁴³. Sie wurde jedoch vom Redaktionsausschuß nochmals geändert, was bei der letzten Behandlung im Unterausschuß zu neuerlicher Verwirrung führte⁴⁴.

Offenbar aufgrund Zeitdruckes⁴⁵ wurde die neue Fassung aber unverändert angenommen, obwohl sie bei manchen Delegierten den Eindruck hervorrief, sie weiche vom Vorschlag der Arbeitsgruppe inhaltlich ab⁴⁶.

³⁷ Vgl dazu Commentary on the Draft Convention, Official Records I 26 mit der Leerformel: "The determination whether the injury is substantial must be made in the light of the circumstances of the case". Zur Entstehung der Draft Convention vgl BIANCA/WILL, Commentary 207f; MICHIDA, AmJCompL 27 (1979) 281ff und EÖRSI, AmJCompL 31 (1983) 338f (mit Schaubild 338).

³⁸ 12. Sitzung, Official Records II 295 ff.

³⁹ A/Conf.97/C.1/L.81; A/Conf.97/C.1/L.63: Official Records I 99

⁴⁰ A/Conf.97/C.1/L.176: Official Records I 99; vorgelegt bei der 18. Sitzung, Official Records II 329ff.

⁴¹ KRISPIS (Griechenland) Official Records II 330; ähnlich SZASZ (Ungarn), SAMI (Finnland), GHESTIN (Frankreich) und LI CHI MIN (China), alle aaO.

⁴² So wörtlich SCHLECHTRIEM (BRD), Official Records II 329f; ähnlich BONELL (Italien) und ROGNLIEN (Norwegen), beide aaO.

⁴³ Official Records II 330.

⁴⁴ 36. Sitzung, Official Records II 425 ff.

⁴⁵ So EÖRSI, AmJCompL 31 (1983) 340.

⁴⁶ ROGNLIEN (Norwegen), HJERNER (Schweden), OLIVENCIA RUIZ (Spanien):

Der Vertreter des Redaktionsausschusses hatte diesem (nicht substantiierten) Einwand widersprochen und gemeint, es handle sich um bloß terminologische Änderungen. "Expectations" sei für Vertreter des kontinentalen Rechtskreises unannehmbar gewesen; "interests" für jene des Common Law; das Ergebnis "entitled to expect" sei ein Kompromiß "acceptable for everyone"⁴⁷.

Die entscheidende legislative Arbeit wurde also in einer Ad-hoc-Arbeitsgruppe und im Redaktionsausschuß geleistet. Protokolle ihrer Beratungen sind nicht publiziert. Die Diskussionen des Unterausschusses sind dagegen unergiebig. Die Mehrheit wollte, der Vertrag selbst solle "yardstick" der Wesentlichkeit sein. Zur Frage, wie der Rechtsanwender mit diesem Maßstab konkret umzugehen habe, liegt aber kein "Wille des Gesetzgebers" vor.

d) Versuch einer Lösung

aa) Fortfall eines vertragsleitenden Interesses

Einer Partei *entgeht im wesentlichen*, was sie erwarten durfte, wenn durch die Vertragsverletzung eines ihrer Interessen, das für den Vertragsschluß entscheidend war, enttäuscht wird⁴⁸. Es ist daher zuerst die Frage zu stellen, warum die Parteien den Vertrag geschlossen haben.

Erstes Motiv für den Käufer ist dabei selbstverständlich, die Kaufsache zu erhalten, für den Verkäufer, den Kaufpreis zu bekommen. Die spezifischen Interessen sind jedoch detaillierter. Der Käufer will die Ware, um sie im eigenen Unternehmen zu nutzen oder weiterzuveräußern. Der Verkäufer braucht Geld für einen bestimmten Zweck. Beide können daher an der genauen Einhaltung bestimmter Termine, der Käufer an bestimmten, möglicherweise von den üblichen abweichenden Eigenschaften der Ware interessiert sein. Der Vertrag wird wertlos - wäre daher in Kenntnis einer diesbezüglichen Verletzung nicht geschlossen worden -, wenn diese Interessen nicht erfüllt werden.

Official Records II 425.

⁴⁷ VIS, Official Records II 425.

⁴⁸ "Vertragsleitendes Interesse": dazu ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 73; SCHLECHTRIEM, Einheitliches UN-Kaufrecht 48; DERS, RdW 1989, 48; schon für die Draft Convention BEINERT, Wesentliche Vertragsverletzung 90.

bb) Fortfall eines vertraglich geschützten Interesses

Der Interessenfortfall ist nach Art 25 aber nur beachtlich, wenn einer Partei im wesentlichen entgeht, was sie *nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen*⁴⁹. Das Interesse der Partei muß mithin Vertragsinhalt geworden sein, um einen Auflösungsgrund abgeben zu können⁵⁰.

Dabei muß wohl außer Zweifel stehen, daß die Erwartung, die Hauptleistung werde erbracht werden sowie die Ware werde zum üblichen Gebrauch tauglich sein, selbstverständliches Motiv für jeden Kaufvertrag ist⁵¹. Das Interesse daran ist also ohne weiteres Vertragsinhalt, die Parteien sind diesbezüglich "entitled to expect".

Offen ist dabei aber schon, ob auch der *genaue Zeitpunkt der Leistung* sowie die *sofortige Tauglichkeit der Ware* vom Vertrag geschützte wesentliche Interessen sind.

Offen ist weiters, ob Interessen des Käufers an Eigenschaften der Ware, die zwar vereinbart wurden, aber im allgemeinen Verkehr "qualités negligables" darstellen, in den Bereich des "entitled to expect" gehören, ob deren Fehlen also die Aufhebung des Vertrages ermöglicht⁵².

Bei den genannten Fragen handelt es sich um die eigentlich zweifelhaften Fälle. An ihnen muß sich eine Auslegung des Art 25 bewähren.

Will man ernst machen mit der grundsätzlichen Vertragsbezogenheit des Wesentlichkeitskriteriums, dann läßt sich die Antwort eben nur im Vertrag selbst finden. Nur aus ihm kann hervorgehen, ob genaue Einhaltung von Terminen, sofortige Tauglichkeit oder besondere Eigenschaften grund-

⁴⁹ "Entitled to expect" bzw. "en droit d'attendre" wäre wohl besser mit "zu erwarten *berechtigt*" übersetzt worden.

⁵⁰ "Tied to the terms of the contract": BIANCA/WILL, Commentary 215; vgl. auch FN 23.

⁵¹ So deutlich zur Vorgängerbestimmung des Art 25 WKR im EKG SOERGEL/LÜDERITZ Art 10 EKG RZ 3 ("Kein wirtschaftlich denkender Mensch kauft, wenn er weiß, der Verkäufer werde nicht liefern.").

⁵² Diese Frage, die sich in jedem Kaufrecht mit (in deutscher Terminologie) Wandlungsbeschränkungen stellt, soll hier nicht weiter verfolgt werden. Vgl. zum WKR von CAEMMERER, in FS COING 52 (Käufer tue auch bei vereinbarten Eigenschaften gut daran, "Verwendungszwecke zu verdeutlichen"; daraus folgt wohl, daß das Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft *für sich allein nicht* zu einer wesentlichen Vertragsverletzung führt) mit SCHLECHTRIEM, JZ 1988, 1045 (fehle zugesicherte Eigenschaft, liege *jedenfalls* eine wesentliche Vertragsverletzung vor). Zum gleichen Problem für das österreichische Recht KLANG/GSCHNITZER IV/1 533f. einerseits, Apathy, JBl 1975, 572 andererseits.

legende Bestandteile der vertraglichen Pflichten sind. Und nur wenn dies der Fall ist, kann der beschwerten Partei bei einer diesbezüglichen Vertragsverletzung "im wesentlichen" entgehen, "was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen".

Die Antwort kann also nur in der Auslegung des konkreten Vertrages gefunden werden. Auf diese ist nun einzugehen.

cc) Vertragsauslegung im WKR

Die Auslegung von Verträgen ist im WKR nicht explizit geregelt; eine § 914 f ABGB oder § 157 BGB entsprechende Vorschrift fehlt. Als Grundlage der Vertragsauslegung muß daher Art 8 WKR dienen. Der Inhalt eines Vertrages ist durch Interpretation von Angebot und Annahme festzustellen⁵³.

Art 8 unterscheidet zwei Fallgruppen. Nach Abs 1 dieser Bestimmung ist der *wahre Wille* einer Partei maßgeblich, wenn ihn die andere Partei kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte (*falsa demonstratio nec nocet*)⁵⁴.

Dieser erste Test wird aber gerade in zweifelhaften Situationen häufig zu keinem brauchbaren Ergebnis führen⁵⁵. Der Beweis der Kenntnis seitens des Erklärungsempfängers wird dem Erklärenden selten gelingen; und das "could not have been unaware" der 2. Alternative von Art 8 I dürfte eine nicht leicht zu nehmende Hürde darstellen.

Bleibt also der zweite Absatz von Art 8. Hier wird die - deutschen und österreichischen Juristen wohlbekannte - Auslegung einer Willenserklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont angeordnet⁵⁶. Die Frage lautet: wie hätte eine vernünftige Person die Erklärung unter denselben

⁵³ So schon Yearbook IX (1978) 43; vgl Commentary on the Draft Convention, Official Records I 18; BIANCA/FARNSWORTH, Commentary 96 und BYDLINSKI, in DORALT(Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 74f.

⁵⁴ Dies gilt sowohl für die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande kam ("natürlicher Konsens" im Sinne KRAMERS, Grundfragen der vertraglichen Einigung 52ff; vgl auch PALANDT/HEINRICHS § 155 Anm 2b), als auch für die Bestimmung seines Inhaltes (BYDLINSKI, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 74).

⁵⁵ BIANCA/FARNSWORTH, Commentary 97; HONNOLD, Uniform Law RZ 107.

⁵⁶ BYDLINSKI, in DORALT(Hrsg) UNCITRAL-Kaufrecht 75; HUBER, RabelsZ 1979, 430; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 40. Zum nationalen Recht vgl nur KOZIOL/WELSER, Grundriß I 86f und PALANDT/HEINRICHS § 133 Anm 4 c.

Umständen aufgefaßt? Der Inhalt des Vertrages bestimmt sich damit letztlich nach dem *normativen Maßstab* des Verständnisses einer "*reasonable person*". Dieser Test kann in eine vertrautere Formulierung gebracht werden: Wie mußte der Empfänger die Erklärung verstehen?

Bei der Ermittlung des erforderlichen Standards sind nach Art 8 III sowohl das Verhalten der Parteien (*vor* - entstandene Gepflogenheiten -, *während* und *nach* den Vertragsverhandlungen) als auch die einschlägigen Handelsbräuche zu beachten⁵⁷.

dd) Vertragsauslegung und Art 25

Was bedeutet dies nun für unser Problem, für die Feststellung dessen, was eine Partei an Wesentlichem nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen?

Die beschwerte Partei, die sich auf Art 25 stützen und vom Vertrag lösen will, muß beweisen, daß ihr besonderes, vertragsleitendes Interesse an gewissen Vertragsbestimmungen im Vertrag Niederschlag gefunden hat. Sie muß daher nachweisen, daß sie dieses Interesse in ihre Vertragserklärung miteingebracht hat und daß dies der anderen Partei zumindest nicht unbekannt gewesen sein konnte (Art 8 I). Gelingt ihr das nicht, greift Art 8 II ein. Nun genügt der Beweis, daß eine vernünftige Person ein solches besonderes Interesse erkannt hätte.

⁵⁷ Hinzuweisen ist darauf, daß Art 8 *nicht* zur ergänzenden Auslegung des Vertrages (Füllung von planwidrigen Vertragslücken unter Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen; vgl. bloß Münchener Kommentar/Mayer-Maly § 157 RZ 39) ermächtigt (BYDLINSKI, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 77; implizit auch SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 40, wenn er die in Art 8 geregelte *Auslegung* von Willenserklärungen der *Ergänzung* des Vertrages ("gap-filling") durch die Bräuche des Art 9 gegenüberstellt). AA nur scheinbar HUBER, RabelsZ 1979, 429f, der zwar Art 7 der Draft Convention (entspricht Art 8 WKR) unter der Überschrift "Ergänzende Vertragsauslegung" abhandelt, in der Sache aber ebenso vom objektiven Empfängerhorizont und nicht vom hypothetischen Parteiwillen ausgeht. Mißverständlich sind daher die in der deutschsprachigen Literatur anzutreffenden Aussagen, Art 8 WKR entspreche § 157 BGB (HUBER, RabelsZ 1979, 430; SCHLECHTRIEM, UN-Kaufrecht 26 und Großkommentar HGB/KOLLER vor § 373 RZ 633): unter diese Bestimmung wird gemeinhin auch die ergänzende Vertragsauslegung subsumiert (vgl. bloß SOERGEL/WOLF § 157 RZ 103ff). Ergänzende Vertragsauslegung im WKR könnte eventuell auf Art 7 gestützt werden (BYDLINSKI, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 77); dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Festzuhalten bleibt aber, daß nicht nur der Reasonable-man-Standard des Art 8 II, sondern auch das Abstellen auf "alle erheblichen Umstände" in Art 8 III der Vertragsauslegung auch ohne Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen ein weites Feld absteckt.

Vorbehaltlose Zustimmung führt in diesen Fällen dazu, daß dieses "vertragsleitende" Interesse Vertragsinhalt wird. Damit trägt der Vertrag aber den Keim seiner Vernichtung bereits in sich: wird ein solcherart geschütztes Interesse einer Partei durch eine Vertragsverletzung beeinträchtigt, dann hat sie das Recht, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn sie von vornherein gewußt hätte, daß ihr Partner seine diesbezügliche Pflicht nicht erfüllen würde: *der Vertrag existierte nicht*. Wenn deutliche Vereinbarungen über (besondere) vertragsleitende Interessen fehlen, müssen sie also durch objektive Auslegung des Vertrages ermittelt werden. Diese Auslegung kann aber nur dann zur Qualifikation einer Vertragsverletzung als "wesentlich" führen, wenn der Wegfall des Interesses am Vertrag bei Verletzung gewisser Bestimmungen schon bei Vertragsschluß erkennbar war. Wie sonst hätte die später vertragsbrüchige Partei auf die Idee kommen sollen, ihr Partner hätte den Vertrag ohne diese Bestimmungen nicht abgeschlossen, die Verletzung ihrer diesbezüglichen Pflichten würde daher für ihn einen *casus stantis et cadentis contractus* darstellen?

Erkennbarkeit, mit anderen Worten *Vorhersehbarkeit* des Interessenwegfalls ist somit wegen Art 8 II WKR Voraussetzung für das in Art 25 geforderte "entitlement" und daher essentiell für die Erfüllung des *ersten* Tatbestandsmerkmals dieser Bestimmung. Was dies für den *zweiten*, den "Vorhersehbarkeitstest" bedeutet - er scheint ja jetzt sinnlose Wiederholung zu sein⁵⁸ -, soll gleich unten erörtert werden. Zuerst noch ein dogmatischer "Seitenblick".

ee) Parallele zur Lehre vom Schutzzweck der Norm

Es kommt nach der hier vertretenen Auffassung für die Auflösbarkeit des Vertrages darauf an, ob besondere Interessen an der Erfüllung einzelner Vertragspflichten vom Vertrag selbst geschützt werden. Dieser Gedanke weist starke Ähnlichkeiten mit der von RABEL⁵⁹ "entdeckten" und von WILBURG⁶⁰ weiterentwickelten Lehre vom Schutzzweck der übertretenen Vertragsbestimmung auf⁶¹.

⁵⁸ Andeutungsweise in diese Richtung TUNC, in Collection 334 und SCHLECHTRIEM, JZ 1988, 1043 FN 57.

⁵⁹ RABEL, Recht des Warenkaufes I 495ff.

⁶⁰ WILBURG, JehrJB 82, 100f und ausführlich Elemente 244.

Hier wie dort geht es darum, ob bestimmte Folgen einer Vertragsverletzung (Schaden/Interessenfortfall) relevant für das Vertragsverhältnis (Schadenersatzpflicht/Recht zur Vertragsbeendigung) sein sollen. Hier wie dort spielt die Vorhersehbarkeit dieser Folgen im Zuge der Vertragsauslegung eine gewichtige Rolle⁶². In beiden Fällen steht dem durch die Vertragsauslegung verwirklichten "subjektiven Konzept" ein "objektives" gegenüber: Adäquanz hier⁶³; "substantial detriment" der Draft Convention dort.

Und hier wie dort wird man bei der Vertragsauslegung neben der Vorhersehbarkeit noch andere Elemente zu prüfen haben: Beziehungen zwischen den Partelen, Art des Vertrages und Ausmaß der Entgeltlichkeit⁶⁴. Auf dieser Grundlage ist nämlich festzustellen, ob eine Partei bei vorhersehbaren Schäden bzw einem vorhersehbaren Interessenfortfall des Vertragspartners annehmen mußte, daß er solche Schäden bzw dieses Interesse vom Schutzbereich des Vertrages erfaßt haben wollte.

e) Zwischenergebnis

Die hier vertretene Auslegungshypothese bezüglich des **ersten Tests** von Art 25 WKR bedeutet im Ergebnis folgendes: Will sich die beschwerte Partei auf die Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung berufen, muß sie beweisen, daß ihrem Vertragspartner der Wegfall ihres Interesses am Vertrag bei Verletzung gewisser Pflichten zum Zeitpunkt des Abschlusses erkennbar war und daß er (daher) auch annehmen mußte, sie wolle dieses Interesse in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen haben. Seine Zustimmung führt zu dieser Einbeziehung. Die Vorhersehbarkeit des Interessenfortfalls ist mithin bereits beim ersten Test des Art 25 zu prüfen.

⁶¹ Vgl dazu allgemein MAYRHOFER, Schuldrecht 276 ff (mwN in FN 1) sowie (kritisch) SCHACK, JZ 86, 306 ff.

⁶² Vertragsauslegung als Basis zur Ermittlung des Schutzzwecks: SCHWIMANN/HARRER, § 1311 RZ 31; LANGE, Schadensersatz 79; SOERGEL/MERTENS § 249 RZ 148.

⁶³ Wobei das Verhältnis im einzelnen "problematisch und heftig umstritten" ist: KOZIOL, Haftpflichtrecht I 168; vgl auch LARENZ, Schuldrecht I 441. Für die hier gezogene Analogie ist diese Frage bedeutungslos, da in bezug auf die wesentliche Vertragsverletzung außer Zweifel steht, daß sich das subjektive, dh vertragsbezogene Konzept gegenüber dem objektiven "substantial detriment" der Draft Convention durchgesetzt hat.

⁶⁴ WILBURG, Elemente 244f.

Folgt man dieser Auffassung, dann enthält der erste Teil von Art 25, was auch Inhalt des Art 10 EKG war⁶⁵. Während dort jedoch die Voraussetzungen getrennt angeführt waren - hypothetischer Interessenfortfall einer Partei, dessen Vorhersehbarkeit für die andere -, verschmelzen sie hier in der Formulierung "entitled to expect".

Gleich ist auch die Beweislast⁶⁶: in beiden Rechten hat die beschwerte Partei das besondere vertragsleitende Interesse und dessen Erkennbarkeit nachzuweisen⁶⁷.

Dies scheint sinnvoll zu sein. Man darf ja nicht vergessen, daß es hier um Sonderinteressen geht. Der "übliche" Vertragsinhalt - daß überhaupt geleistet wird und daß die Kaufsache zum normalen Gebrauch tauglich sein muß - steht ja außer Zweifel⁶⁸. Von diesen allgemeinen Motiven abweichende *besondere* Interessen am Vertrag sind aber nicht zu vermuten. Diese Interessen und ihre Erkennbarkeit zu beweisen ist daher richtigerweise dem aufzuerlegen, der sich darauf beruft.

Welche Bedeutung bleibt angesichts dieser Auslegung aber dem *zweiten Test* des Art 25? Wenn Vorhersehbarkeit des Interessenfortfalls in der Regel schon Voraussetzung für das Vorliegen eines wesentlichen Nachteils ist, scheint der Entlastungsbeweis der vertragsbrüchigen Partei ins Leere zu gehen. Diese Frage soll nun untersucht werden.

⁶⁵ Daher sind Ansichten, Art 25 WKR entspreche in seiner *Gesamtheit* inhaltlich dem Art 10 EKG, fraglich (so aber HUBER, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitsliches Kaufrecht 301 und auch BONELL, *Droit et pratique du commerce international* 1981, 26). Anderes gilt für Art 23 der Draft Convention: dieser dürfte inhaltlich in der Tat weitgehend dem Art 10 EKG entsprochen haben (Beinert, Vertragsverletzung 90).

⁶⁶ Wobei sich die Beweispflicht streng genommen natürlich nur auf die Tatsachen bezieht, die der normativen Festlegung des Reasonable-man-Standards zugrundeliegen, während diese Festlegung selbst nicht beweispflichtige *Tat*-, sondern vom Richter zu lösende *Rechtsfrage* ist; vgl zum EKG DÖLLE/HUBER Art 10 EKG RZ 20. Das dabei auftretende Element der *Wertung* betonen ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 73.

⁶⁷ Nochmals sei betont, daß hier noch vom *ersten Test* des Art 25 WKR die Rede ist.

⁶⁸ Vgl dazu nur von CAEMMERER, in FS COING 52; ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 74.

C. Unvorhersehbarkeit

1) Die Lehre

Der Vorhersehbarkeitstest in Art 25 WKR ist Quelle eines heftigen literarischen Disputes. Es geht um die Frage, für welchen Zeitpunkt die Unvorhersehbarkeit bewiesen werden muß: Vertragsschluß oder Vertragsverletzung.

Die wohl hM⁶⁹ vertritt ersteres. Die vertragsbrüchige Partei müsse nachweisen, daß sie den wesentlichen Nachteil *bei Vertragsschluß* nicht vorhersehend und nach dem Standard eines "reasonable man" auch nicht vorhersehen konnte. Zu diesem Zeitpunkt werde das Risiko zwischen den Parteien aufgeteilt; spätere Entwicklungen sollten nicht einbezogen werden. Der römischrechtliche Gedanke "mala fides superveniens nec nocet" tritt damit - in anderem Zusammenhang - wieder auf.

Aber auch das andere Extrem wird vertreten: auf das Vorhersehen (-müssen) im *Zeitpunkt des "breach"* komme es an⁷⁰. Damit ist wohl die letzte Handlung in der Sphäre des Leistenden gemeint, anlässlich derer er die Vertragsverletzung noch hätte verhindern können (der Verkäufer etwa durch Austausch fehlerhafter Stücke).

Daneben werden vermittelnde Lösungen vorgeschlagen. Teils sollen Informationen berücksichtigt werden, die bis zum "tatsächlichen oder erforderlichen Beginn der Vorbereitung der Erfüllungshandlungen gegeben wurden"⁷¹, teils soll nach der Schutzwürdigkeit von Käufer und Verkäufer differenziert werden⁷².

⁶⁹ SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 60; von CAEMMERER, in FS COING 50; ZIEGEL, in GALSTON/SMIT (Hrsg), International Sales 9-19 FN 57; HUTTER, Haftung 111; SCHEIFELE, Rechtsbehelfe 118.

⁷⁰ GHESTIN, Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 1988, 22; FELTHAM, Journal of Business Law 1981, 353. Undeutlich, aber wohl ebenfalls in diesem Sinn HONNOLD, Uniform Law RZ 183 und JEN-HUONG WANG, ZVglRWiss 87 (1988) 197.

⁷¹ ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 75; diesen zustimmend BIANCA/WILL, Commentary 221.

⁷² HONNOLD, Uniform Law RZ 183 ("wilfull deviation"); treffend kritisiert von ZIEGEL, in GALSTON/SMIT (Hrsg), International Sales 9-19 FN 57

2) Eigene Auffassung

a) Verbale und systematische Interpretation

Art 25 läßt die Frage nach dem Zeitpunkt offen. Im System des WKR findet sich jedoch die eindeutige Regelung eines analogen Problems. Art 74 stellt - ebenfalls im Zusammenhang mit einem Entlastungsbeweis der vertragsbrüchigen Partei (kein Schadenersatz für unvorhersehbare Schäden) - auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab.

Das Dilemma ist offensichtlich.: Analogie oder Argumentum e contrario. Logik allein kann keinen Ausweg bieten - "anything goes" als Leitmotiv postmoderner Gesetzgebungstechnik? -, die Antwort kann nur durch die weitere Interpretation des Art 25 gefunden werden.

b) Historische Interpretation

Art 10 EKG war deutlich gewesen: Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Art 23 der Draft Convention ließ die Frage bereits offen. Der offizielle Kommentar mutet fast zynisch an: "In case of dispute, that decision must be made by the tribunal."⁷³

Ein Vorstoß der britischen Delegation, wie im EKG auf den Abschluß des Vertrages abzustellen⁷⁴, fand im Unterausschuß wenig Gegenliebe und wurde ohne formelle Abstimmung zurückgenommen⁷⁵. Dies scheint aus historischer Sicht dafür zu sprechen, nicht der heute hL zu folgen, sondern einen späteren als den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als maßgeblich anzusehen.

Außerdem ist bei der historischen Interpretation des Art 25 zu beachten, daß die Diskussionen um die "Unvorhersehbarkeit" zu einem Zeitpunkt stattfanden, als man im Unterausschuß bezüglich des "wesentlichen Nachteils" noch von einem "objektiven" Konzept ausging. Der Vorhersehbarkeitstest stellte mithin die subjektive Korrektur eines objektiv gedachten Nachteilsbegriffes dar.

Vom Vertrag als "yardstick" der Wesentlichkeit war noch nicht die Rede gewesen; die Problematik der Vertragsbezogenheit stand wohl schon zur

⁷³ Official Records I 26.

⁷⁴ A/Conf.97/C.1/L.104: Official Records I 99.

⁷⁵ 13. Sitzung, Official Records II 302.

Debatte, wurde aber nicht in die Überlegungen miteinbezogen.

Der erste Test des Art 25 wurde, wie oben gezeigt, fundamental geändert⁷⁶: daß dies auch Auswirkungen auf den zweiten Test haben könnte, haben die Mitglieder von Unterausschuß, Arbeitsgruppe und Redaktionsausschuß anscheinend nicht deutlich genug gesehen. Vorhersehbarkeit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses spielt ja - zumindest nach der hier vertretenen Ansicht - schon bei der Feststellung eine Rolle, ob *überhaupt* ein wesentlicher Nachteil vorliegt⁷⁷.

c) Versuch einer Lösung

Was bleibt, ist der Versuch, dem Vorhersehbarkeitstest des Art 25 einen Anwendungsbereich zu retten. Eine Interpretation, die einen Teil einer Norm unsinnig erscheinen ließe, wäre ja nach ganz herrschender Methodenlehre unzulässig⁷⁸.

Nochmals mit aller Deutlichkeit: die Vorhersehbarkeit des "wesentlichen Nachteils", des Interessenfortfalls bei einer bestimmten Vertragsverletzung, *zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses* muß bereits im Rahmen des ersten Tests von Art 25 von der beschwerten Partei bewiesen werden. Nur wenn dieser Beweis gelingt, kann gesagt werden, ihr entgehe im wesentlichen, "was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen".

Der Entlastungsbeweis⁷⁹ der vertragsbrüchigen Partei ist daher sinnvollerweise auf einen *späteren Zeitpunkt* zu beziehen. Konnte sie *bei Bewirkung der Leistungshandlung* wegen geänderter Umstände oder neuer Informationen annehmen, eine Vertragsverletzung würde *nicht* zum Wegfall des Interesses der anderen Partei am Vertrag führen, dann ist sie entlastet. Zwar könnte der *Nachteil* noch immer wesentlich sein, also zum Wegfall des Interesses am Vertrag führen, die *Vertragsverletzung* ist aber nicht mehr wesentlich im Sinne des Art 25.

Die neuen Informationen könnten falsch gewesen sein, die geänderten Umstände keine Änderung der Interessen der anderen Partei mit sich

⁷⁶ Statt der "objektiven" Formulierung "substantial detriment" die Vertragsbezogenheit des "entitled to expect".

⁷⁷ In diese Richtung deuten auch Aussagen von TUNC und SCHLECHTRIEM, angeführt in FN 58.

⁷⁸ Bydlinski, Methodenlehre 444.

⁷⁹ Unvorhersehbarkeit und konkretes Nicht-Vorhersehen des wesentlichen Nachteils.

gebracht haben: solange die vertragsbrüchige Partei dies - nach dem Reasonable-man-Standard - nicht erkennen konnte, ist sie entlastet. Sie hat den wesentlichen Nachteil des Vertragspartners nicht mehr zu "vertreten", wobei, anders als nach deutschem Recht, nicht Unvorhersehbarkeit *oder* Unvermeidbarkeit⁸⁰ zu diesem Ergebnis führen, sondern nur das erste dieser Elemente.

D. Bewertung des vertretenen Modells

Für das hier vertretene Modell - erweiterte Beweispflicht der beschwerten Partei; Entlastungsbeweis des Vertragspartners - sprechen mehrere Argumente:

- Es ist in sich widerspruchsfrei und beläßt allen Teilen des Art 25 WKR einen eigenen Anwendungsbereich. Ein Erklärungsnotstand der hM wird vermieden: wie kann die beschwerte Partei "nach dem Vertrag" zu erwarten berechtigt sein, gewisse außergewöhnliche Nachteile nicht zu erleiden, wenn diese Nachteile im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der anderen Partei nicht erkennbar waren.
- Es macht ernst mit dem historisch gewollten Prinzip, daß der Vertrag allein Maßstab für die Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung ist. Damit wird die Privatautonomie der Parteien geachtet, die Risiken werden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verteilt.
- Es entspricht der Grundwertung des WKR, die Vertragsauflösung von der Regel (Art 44 II EKG) zur Ausnahme zu machen. Erhöhte Beweispflichten der beschwerten Partei führen dazu, daß die Beendigung des Vertrages aus spekulativen Erwägungen weiter erschwert wird.
- Es bleibt natürlich offen für privatautonome Gestaltung. Den Parteien steht es frei, die Verletzung gewisser Bestimmungen des Vertrages ausdrücklich als wesentlich zu charakterisieren. Verletzungen dieser Punkte würden den ersten Test des Art 25 jedenfalls erfüllen. Die Entlastungsmöglichkeit wegen geänderter Umstände oder neuer Informationen, die ein Abweichen vom Vertrag entgegen dessen durch Auslegung festgestelltem Inhalt als nicht wesentlich erscheinen lassen, könnte ausdrücklich oder stillschweigend abbedungen werden.

⁸⁰ Als Elemente des herrschenden Fahrlässigkeitsbegriffes: PALANDT/HEINRICHS § 276 Anm 4 c/d; LARENZ, Schuldrecht I 282.

III. DIE ILLUSTRATION DES MODELLS AN TYPISCHEN FÄLLEN

A. Verzögerte Lieferung der Ware

1) Problem

Jedes Kaufrecht muß das Problem der Lieferverzögerung lösen. Hat der Verkäufer die vereinbarte oder sich aus dem Gesetz ergebende Lieferfrist überschritten, dann kann der Käufer von Gesetzes wegen mehrere Möglichkeiten haben: (bloßer) Schadenersatzanspruch⁸¹; Leistungsklage; Lösung vom Vertrag⁸². Es kann ihm auch - in jedem Fall oder unter gewissen Voraussetzungen - eine Kombination dieser Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.

Das WKR kennt, sieht man von Art 28 ab⁸³, alle drei Möglichkeiten. Im folgenden wird der Frage nachgegangen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beendigung des Vertrages durch den Käufer zulässig ist.

Sedes materiae ist Art 49 WKR. Seine Systematik läßt eine grundlegende Wertung erkennen: Lieferverzögerung ist nicht in jedem Fall eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des Art 25⁸⁴. Nähme man dies an, wäre Art 49 I b überflüssig: wozu sollte hier die Nachfristsetzung eigens erwähnt sein, wo sie doch einerseits ohnehin aufgrund Art 47 I zulässig ist, andererseits aber eine Beendigung des Vertrages wegen A-priori-Wesentlichkeit schon aufgrund Art 49 I a möglich wäre?

⁸¹ So die grundsätzliche Lösung des Common Law, vgl ZWIEGERT/KÖTZ, Einführung II 192ff und POSCH, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 160.

⁸² Auf die Besonderheiten des bundesdeutschen Rechts - Differenzierung zwischen Ablehnung weiterer Erfüllung bei Weiterbestehen des Vertrages einerseits, Rücktritt vom Vertrag andererseits - soll hier nicht eingegangen werden. Vgl zu § 326 BGB LARENZ, Schuldrecht I 352ff und HUBER, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 210ff.

⁸³ Zum "Common Law Privilege", das ausnahmsweise auch in kontinentalen Rechtsordnungen von Bedeutung sein könnte (POSCH, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 160; ihm offensichtlich folgend Ebenroth, JBl 1986, 694), vgl BIANCA/LANDO, Commentary 232ff.

⁸⁴ HUBER, JBl 1989, 275.

Zwei Interpretationshypothesen sind denkbar:

- Eine Lieferverzögerung ist *nie* wesentlich im Sinne des Art 49 I a iVm Art 25; als *lex specialis* ist in solchen Fällen *immer* Art 49 I b anzuwenden und eine Nachfrist zu setzen.

- Eine Lieferverzögerung kann *sowohl* wesentlich *als auch* unwesentlich sein, sodaß die Entscheidung zwischen Art 49 I a und Art 49 I b in jedem Einzelfall aufgrund der Definition von Art 25 gefällt werden muß.

Es steht in der Literatur zurecht außer Zweifel, daß zweiteres zutrifft⁸⁵. Wollte man nämlich annehmen, der Konventionsgesetzgeber habe den massivsten Fall einer Vertragsverletzung, die Nichtlieferung, aus dem Anwendungsbereich des Wesentlichkeitskriteriums herausgenommen, dann würde man ihm unterstellen, er habe sein eigenes System - einheitlicher Begriff der Vertragsverletzung, Unterscheidung nur nach deren Gewicht - in bezug auf den schwerstwiegenden Vertragsverletzungstyp durchbrochen. Das Gegenteil ist der Fall. Art 49 geht vielmehr von dem Grundsatz aus, daß Nichtlieferung *jedenfalls* eine wesentlich Vertragsverletzung darstellt. Die Frage ist nur, ob Nichtlieferung *zum vereinbarten Zeitpunkt* schon per se wesentlich ist. Das WKR hat sich gegen diese Lösung entschieden. Dem Käufer wird grundsätzlich zugemutet, eine angemessene Zeit zu warten. Läuft diese "Nachfrist" ungenutzt ab, liegt ein von der Konvention typisierter Fall von wesentlicher Vertragsverletzung vor⁸⁶.

Es kann aber auch sein, daß der Zeitfaktor (ausnahmsweise⁸⁷) selbst wesentlich ist. Verliert der Vertrag durch die Lieferverzögerung für den Käufer seinen Wert und liegen die übrigen Voraussetzungen des Art 25 vor, dann ist eine sofortige Aufhebung nach Art 49 I a zulässig.

Fehlte die Regelung des Art 49 I b, so dürfte nichts anderes gelten. Die Wesentlichkeit des Zeitfaktors wäre ebenfalls von Fall zu Fall zu prüfen;

⁸⁵ Vgl nur BIANCA/WILL, Commentary 362; ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 104; HONNOLD, Uniform Law RZ 305 und HUBER, JbI 1989, 275.

⁸⁶ Mißverständlich sind daher häufig anzutreffende Aussagen, Art 49 I b stelle eine "Ausnahmeregelung zum sonst notwendigen Wesentlichkeits-erfordernis" dar (ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 104; ähnlich auch BIANCA/WILL, Commentary 363). Sie sind insofern zutreffend, als in Art 49 I b von "wesentlicher Vertragsverletzung" in der Tat nicht die Rede ist und deren Vorliegen daher nicht eigens geprüft werden muß. Die hinter dieser Regelung stehende Wertung ist aber offensichtlich und wird auch von ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 104 anerkannt. Ebenso LESER, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 231 ("um so" - durch Nachfrist - "eine gewöhnliche Vertragsverletzung zur wesentlichen Vertragsverletzung zu qualifizieren").

⁸⁷ HUBER, JbI 1989, 276.

bei Unwesentlichkeit wäre eine sofortige Beendigung des Vertrages nicht möglich. Eine längere Lieferverzögerung führte aber auch hier zur Wesentlichkeit, da irgendwann eine Grenze erreicht ist, an der für jedermann erkennbar jedes weitere Interesse an der nachträglichen Erfüllung des Vertrages wegfällt.

Bei Nichtlieferung zum vereinbarten Termin ist daher in jedem Einzelfall Art 25 anzuwenden und die Frage zu stellen, ob der Zeitfaktor wesentlich ist. Dabei muß sich das oben⁸⁸ entwickelte Modell bewähren.

Bevor jedoch auf diese Problematik eingegangen wird, soll zuerst die Lösung des Problems im österreichischen Kaufrecht demonstriert werden. Trotz großer systematischer Unterschiede - es existiert weder ein einheitlicher Vertragsverletzungsbegriff noch ein generelles Wesentlichkeitskriterium - zeigen sich erstaunliche Parallelen.

2) Die Rechtslage nach österreichischem Recht

a) Unterscheidung Fixgeschäft - Termingeschäft

Im österreichischen Recht werden bei vereinbartem Liefertermin zwei Fälle unterschieden: einfaches Termingeschäft⁸⁹ (§ 918 ABGB) einerseits, Fixgeschäft⁹⁰ (§ 919 ABGB, § 376 HGB⁹¹) andererseits. Wird der Liefertermin aus welchem Grund auch immer versäumt, spricht man von (objektivem) Verzug⁹². Der Käufer kann Erfüllung und bei Verschulden Ersatz des Verspätungsschadens begehren. Schon objektiver Verzug ermöglicht auch

⁸⁸ Unter II.

⁸⁹ Bzw "einfaches Zeitgeschäft": KOZIOL/WELSER I 332.

⁹⁰ Nur das relative Fixgeschäft ist geregelt; Verzögerung beim absoluten Fixgeschäft (verspätete Leistung unmöglich) ist nach hM unter § 1447 (unverschuldete Unmöglichkeit) bzw § 920 (verschuldete Unmöglichkeit) zu subsumieren (KOZIOL/ WELSER 233; RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 4). In der Folge wird nur das relative Fixgeschäft behandelt.

⁹¹ § 376 HGB baut auf § 361 BGB auf und bildet daher einen Fremdkörper im österreichischen Recht. Nach hM ist § 376 HGB neben dem weitergehenden § 919 ABGB unnötig (STRAUBE/KRAMER § 376 RZ 1; OGH 30.4.1969 HS 7307/9; teilw aA RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 9). Die Problematik des § 376 HGB wird hier nicht weiter verfolgt.

⁹² Ein wesentlicher terminologischer Unterschied zum BGB; vgl KOZIOL/WELSER I 227 einerseits, LARENZ, Schuldrecht I 347 andererseits.

die Lösung vom Vertrag. Dabei ist zwischen Termin- und Fixgeschäft zu differenzieren.

b) Fixgeschäft

Ein Fixgeschäft liegt in zwei Fällen vor:

- Die Erfüllung ist für einen bestimmten Zeitpunkt "bei sonstigem Rücktritt" bedungen (§ 919 1. Alt ABGB), oder
- der Natur des Geschäfts oder dem dem Verpflichteten bekannten Zweck kann entnommen werden, daß verspätete Leistung für den Verkäufer nicht mehr von Interesse ist (§ 919 2. Alt ABGB).

aa) "Bei sonstigem Rücktritt"

Die Formulierung "bei sonstigem Rücktritt" wird in der Lehre⁹³ weit ausgelegt. Es müsse nur feststehen, daß nach dem Vertrag eine verspätete Leistung nicht mehr als Erfüllung gelten solle. Als Beispiele aus der Judikatur werden Formulierungen wie "ansonsten wird nicht angenommen" oder "können Sie sich die Ware an den Hut stecken" genannt⁹⁴. Der "Rücktritt"⁹⁵ könne auch konkludent "bedungen" sein: sei dem Schuldner erkennbar, daß verspätete Leistung für den Gläubiger nicht mehr von Interesse sein würde, und willige er trotzdem in den Vertrag, dann liege ein Fixgeschäft vor⁹⁶.

In der Rechtsprechung werden diese Formulierungen zwar beinahe wörtlich übernommen⁹⁷, aber eher restriktiv angewendet⁹⁸. Der Nachweis eines

⁹³ RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 2; KLANG/GSCHNITZER IV/1, 476; SCHWIMANN/BINDER § 919 RZ 3; MAYRHOFER, Schuldrecht 383.

⁹⁴ RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 2. Das An-den-Hut-Stecken wurde aber nur von einem Zeugen des Vertragsschlusses geäußert und war daher in concreto irrelevant (OGH 6.5.1959 HS 231/22).

⁹⁵ Der ja gar nicht notwendig ist, vgl unten c.

⁹⁶ So ausdrücklich KLANG/GSCHNITZER IV/1, 476f und RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 2. Illustrativ der Sachverhalt aus der E OGH 6.5.1959 HS 7307/9: Bei Vertragsabschluß war darauf hingewiesen worden, die bestellte Entlüftungsanlage müsse binnen 8 Tagen geliefert werden, weil sie im Hinblick auf den fortgeschrittenen Bau sonst nicht mehr eingebaut werden könne. Hier wäre an sich § 919 1. Alt ABGB (bzw § 376 HGB) anwendbar gewesen (so auch RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 2); der OGH stützte sich jedoch auf § 919 2. Alt ABGB.

⁹⁷ ZB OGH 20.5.1953 HS 1699/32; OGH 21.6.1967 JBl 1968, 368 und

Fixgeschäftes wird an recht hohe Anforderungen geknüpft.

bb) "Natur des Geschäfts oder dem Verpflichteten bekannter Zweck"

Angesichts der weiten Auslegung der ersten Alternative von § 919 ABGB bleibt für die zweite wenig⁹⁹ Raum. Es werden zwei Interpretationsvarianten vertreten.

- REISCHAUER¹⁰⁰ meint, daß nur ein erst *nach* Vertragsabschluß erkennbarer Interessenfortfall einen Anwendungsfall bildet. Ein bereits *bei* Vertragsabschluß erkennbarer Fortfall sei dagegen idR unter die erste Alternative von § 919 zu subsumieren. Eine Ausnahme von diesem Prinzip sei nur dann zu machen, wenn der Leistungstermin nicht, wie für die erste Alternative erforderlich, genau bestimmt sei ("im Frühjahr"); hier sei auch bei einem *bei* Vertragsabschluß erkennbaren Interessenwegfall die zweite Alternative des § 919 ABGB einschlägig.

- Andere¹⁰¹ reduzieren den eigenständigen Anwendungsbereich anscheinend noch weiter. Nur in der fehlenden Notwendigkeit der genauen Zeitbestimmung liege ein Unterschied zur ersten Alternative. Der Natur des Geschäfts bzw dem bekannten Zweck müsse dagegen schon *bei* Vertragsabschluß entnehmbar sein, daß verspätete Leistung nicht mehr von Interesse sei.¹⁰²

Die Frage soll nicht vertieft werden. Es scheint jedoch sinnvoll, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als ausschlaggebend anzusehen. REISCHAUER kann nicht belegen, warum nach Vertragsabschluß eintretende Umstände den Charakter des Geschäftes ändern sollen¹⁰³. Näherliegend

OGH 10.12.1981 SZ 54/186.

⁹⁸ Vgl zB OGH 8.7.1975 EvBl 1976/32 und OGH 16.9.1969 HS 7308/16 (Waren für Weihnachtsgeschäft). Ähnlich zurückhaltend in der Literatur STRAUBE/KRAMER § 376 RZ 4 ("streng formaler Ausnahmetatbestand").

⁹⁹ WELLSPACHER, Gerichtszeitung 1908, 78f, der meint, ein eigener Anwendungsbereich fehle *überhaupt*, übersieht, daß in der 2. Alt. von § 919 eine genaue Zeitbestimmung nicht erforderlich ist.

¹⁰⁰ RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 7.

¹⁰¹ ZB SCHWIMANN/BINDER § 919 RZ 5; KLANG/GSCHNITZER IV/1, 479f; STRAUBE/KRAMER § 376 RZ 11; MAYRHOFER, Schuldrecht 384.

¹⁰² Wobei das so ausdrücklich nirgends gesagt wird, aber sich mehr oder weniger deutlich erschließen läßt. Fraglich nur MAYRHOFER, Schuldrecht 384: er vertritt offensichtlich die zweite Auffassung, führt als Beleg aber REISCHAUER an (FN 26).

ist eine Auffassung, wonach die zweite Alternative von § 919 ABGB nicht mehr ist als eine Erläuterung der richtig verstandenen ersten¹⁰⁴, wobei zusätzlich noch Fälle erfaßt sein mögen, in denen es an einer genauen Zeitbestimmung mangelt¹⁰⁵.

Für dieses Ergebnis spricht auch ein Blick in die Judikatur: Gelegentlich wird die zweite Alternative des § 919 ABGB angewendet, wo nach der Lehre eigentlich die erste einschlägig wäre¹⁰⁶; ein Zeichen für die weitgehende Identität der erfaßten Sachverhalte. Erst nachträglich erkannter Interessenfortfall reicht dagegen, soweit ersichtlich, in keiner Entscheidung aus, um ein Fixgeschäft zu konstituieren.

c) Verzugsfolgen

Bei einfachen Termingeschäften ist ein Rücktritt nur nach Setzung oder Gewährung (strittig¹⁰⁷) einer Nachfrist möglich. Dagegen führt im Fall eines Fixgeschäftes nicht rechtzeitige Leistung ipso facto zu Auflösung des Vertrages, wenn der Gläubiger nicht unverzüglich erklärt, am Vertrag festhalten zu wollen. Ein "Rücktritt" ist also nicht erforderlich¹⁰⁸. Das

¹⁰³ Historisch hat er dagegen einiges für sich. Der Ausschlußbericht spricht von "unvorhergesehenem Wegfall des Interesses an der Erfüllung" wegen geänderter Umstände. Diese Ansicht, die auf § 326 BGB beruht, hat aber mE keinen genügenden Niederschlag im Gesetzestext gefunden.

¹⁰⁴ So WELLSPACHER, GZ 1908, 78f.

¹⁰⁵ MAYRHOFER, Schuldrecht 384; ein typischer Fall aus der Rechtsprechung wäre OGH 9.6.1954 HS 1758/55, wo Lieferung "Ende Mai, Anfang Juni" vereinbart war. Tatsächlich wurde § 376 HGB angewendet.

¹⁰⁶ OGH 30.4.1969 HS 7307/9.

¹⁰⁷ Zur Kontroverse, ob die *Nachfrist* (a) durch bloßes Zuwarten vor dem Rücktritt *gewährt* werden muß und dann zurückgetreten werden kann (ältere Jud, zB OGH 26.9.1951 SZ 24/248), oder (b) in der durch ihren ungenutzten Ablauf aufschiebend bedingten Rücktrittserklärung *gesetzt* werden muß (wohl übW in der Literatur, vgl MAYRHOFER, Schuldrecht 379, SCHWIMANN/BINDER § 918 RZ 91, WILHELM, JBl 1976, 515), oder (c) durch bloßes Zuwarten *nach* dem Rücktritt *gewährt* werden kann (hJud, vgl OGH 29.12.1954 SZ 27/334; OGH 8.7.1975 EvBl 1976/32; differenzierend OGH 21.12.1987 JBl 1988, 317; sowie RUMMEL/REISCHAUER § 918 RZ 15)), soll hier nicht Stellung genommen werden. Vgl zum Problem KOZIOL/WELSER I 229 sowie MAYRHOFER und WILHELM aaO.

¹⁰⁸ Anderes gilt bei fehlender Zeitbestimmung in der 2. Alt von § 919. Hier ist (zwar nicht Rücktritt, aber) Mahnung erforderlich, da die Leistung sonst noch nicht fällig ist (§§ 1417, 904 ABGB; SCHWIMANN/BINDER § 919 RZ 9; KLANG/ GSCHNITZER IV/1, 480).

Vorliegen eines Fixgeschäftes ist von dem zu beweisen, der sich darauf beruft¹⁰⁹.

Gelingt dem Schuldner der Beweis seiner Schuldlosigkeit (§ 1298 ABGB), so hat es mit der Beendigung des Vertrages sein Bewenden. Ansonsten haftet er - anders als nach deutschem Recht¹¹⁰ - auf das Erfüllungsinteresse¹¹¹.

d) Wesentlichkeitskriterien

Sowohl in den Tatbestandsmerkmalen als auch in den Rechtsfolgen des Fixgeschäftes nach österreichischem Recht lassen sich Ähnlichkeiten zum System des WKR erkennen.

Ein Vertrag wird zum Fixgeschäft, wenn das besondere Interesse des Käufers an der genauen Einhaltung der Leistungszeit vom Schutzbereich des Vertrages erfaßt wird. Dies ist der Fall, wenn der Interessenfortfall bei verspäteter Leistung dem Verkäufer erkennbar war und er dennoch in den Vertrag gewilligt hatte.

Fixklauseln und ausdrückliche Rücktrittsvorbehalte, wie sie anscheinend von § 919 ABGB gefordert werden, dienen der Rechtsklarheit, sind aber nicht unerlässlich. Es genügt die konkludente Vereinbarung, daß verspätete Leistung nicht mehr als Erfüllung gelten soll.

Der Verweis auf die "Natur des Geschäftes" bringt keine "objektiven" Elemente ins Spiel. Er bedeutet vielmehr nur, daß in diesen Fällen vom Gesetz Erkennbarkeit des Interessenfortfalles und damit vertragliche

¹⁰⁹ OGH 13.1.1981 SZ 54/3.

¹¹⁰ Nach § 326 I BGB schließt ein Rücktritt den Ersatz des Erfüllungsinteresses aus. Ein Unterschied zur Lösung des ABGB besteht aber wegen der zu § 326 BGB vertretenen *Differenztheorie* (dazu LARENZ, Schuldrecht I 341f und HUBER, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 211ff) nur dann, wenn der Verkäufer vorgeleistet hat. Will er in diesem Fall Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren, dann kann er die Kaufsache nur zurückfordern, wenn dies wegen eines Eigentumsvorbehaltes auf *sachenrechtlicher* Grundlage möglich ist. Ein Rücktritt würde den Schadenersatzanspruch ausschließen. Wurde dagegen nicht vorgeleistet, kann die vom Verzug des Vertragspartners betroffene Partei ihre Leistung nach völlig hM (vgl bloß LARENZ, Schuldrecht I 341) *auch ohne Rücktritt* verweigern und die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung als Schadenersatz fordern. Bei Vorleistung des Käufers ist ein Rücktritt sinnlos, da der Kaufpreis jedenfalls als Schadenersatz gefordert werden kann.

¹¹¹ § 921 ABGB; vgl dazu bloß RUMMEL/REISCHAUER § 921 RZ 1.

Fixierung des Fixcharakters angenommen wird¹¹².

Im österreichischen Recht fehlt eine dem § 326 II BGB¹¹³ analoge Bestimmung. Der Wegfall des Interesses *allein* reicht, selbst wenn man REISCHAUERS Ansicht folgt, nicht aus, eine sofortige Beendigung des Vertrages zu ermöglichen.

Die österreichische Lösung erscheint gerechter. Der Schuldner ist nicht einem unerkennbaren Interesse des Gläubigers ausgeliefert¹¹⁴. Will dieser, daß dieses Interesse Beachtung findet, muß er es offenbaren; sonst bleibt es sein Risiko, daß der Schuldner auf die Regelung des § 918 ABGB vertraut, die Pflicht zum Ersatz des Verspätungsschadens in Kauf nimmt und nicht genau zum vereinbarten Zeitpunkt liefert.

Die Rechtsfolgen der Leistungsverzögerung nach österreichischem Recht entsprechen strukturell dem System des WKR: Nachfristsetzung im Normalfall, sofortige Auflösung bei "Wesentlichkeit" des Zeitfaktors. Unterschiede liegen bloß in der technischen Ausgestaltung: Ipso-facto-Auflösung in § 919 ABGB, Auflösungserklärung in Art 49 WKR.

3) Die Rechtslage nach WKR

a) Ausdrückliche Vereinbarung

Ist in einem Kaufvertrag vereinbart, daß eine Überschreitung der Lieferfrist zur sofortigen Aufhebung des Vertrages berechtigt, entstehen keine praktischen Schwierigkeiten¹¹⁵. Was offen bleibt, ist ein systematisches Problem: Ist Grundlage der Aufhebung die ausdrückliche Vereinbarung oder konkretisiert diese nur den Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung in Art 49 I a ?

Dieser Frage soll hier nicht nachgegangen werden¹¹⁶. Näher liegt es

¹¹² KLANG/GSCHNITZER IV/1, 479f.

¹¹³ Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 326 BGB ist Verzug iSd BGB, also Vertreten-Müssen der Leistungsverzögerung. Dieses Vertreten-Müssen bezieht sich aber nur auf die Verzögerung; Erkennbarkeit des Interessenfortfalls ist nicht gefordert.

¹¹⁴ So schon Rabel, Recht des Warenkaufes I 394.

¹¹⁵ Es liegt eine gem Art 6 WKR zulässige privatautonome Regelung vor.

¹¹⁶ Bedeutung könnte sie haben, wenn es um die Folgen der Vertragsbeendigung geht. Liegt nur eine Konkretisierung des Art 49 I a vor, so steht außer Frage, daß nach Art 81ff abzuwickeln ist. Bei einem vertrag-

wohl, sich für die zweite Variante zu entscheiden. Die Parteien stellen außer Streit, was für sie wesentlich ist, und belassen es im übrigen bei der Regelung des WKR. Diese Auslegung befreit von der Notwendigkeit, unnötige dogmatische Trennlinien zwischen vereinbartem Lösungsrecht einerseits und ebenfalls aus dem Vertrag zu erschließender Qualifikation einer Lieferverzögerung als wesentlich andererseits ziehen zu müssen¹¹⁷.

b) Vertragsauslegung

Fehlt ein ausdrücklich eingeräumtes Rücktrittsrecht, dann ist es allein die Vertragsauslegung, die über die Wesentlichkeit des Zeitfaktors entscheidet. Es ist die Frage zu stellen, ob die Erwartung des Käufers, die Ware genau zum vereinbarten Termin zu erhalten, aufgrund des Vertrages gerechtfertigt ist. Daß dies naturgemäß eine Einzelfallsentscheidung sein wird, liegt auf der Hand. Trotzdem sollen hier einige Anhaltspunkte gegeben werden.

(i) Kenntnis des besonderen, vertragsleitenden Interesses des Käufers an rechtzeitiger Lieferung wird bei vorbehaltloser Einwilligung des Verkäufers zum Fixcharakter des Geschäftes führen. Dies gilt zumindest dann, wenn der Käufer von dieser Kenntnis wußte und die Einwilligung nur als Zustimmung zur Einbeziehung dieses Interesses in den Vertrag deuten konnte.

(ii) Aber auch Erkennbarkeit des Interesses reicht wegen Art 8 II aus. Sie kann sich aus der Natur des Geschäfts (Termingeschäft an der Börse; so noch ausdrücklich Art 28 EKG¹¹⁸) oder aus den besonderen Umständen des Falles (Modeartikel für die Herbstsaison¹¹⁹) ergeben. Wird das Risiko des Verkäufers, daß der Vertrag wegen geringfügiger Verzögerung aufgelöst wird, bei der Festlegung des Kaufpreises in Rechnung gestellt, ist der Käufer also bereit, für die genaue Einhaltung der Termine zu zahlen, dann spricht das ebenfalls dafür, daß jede Verzögerung von den Vertragspartnern als wesentlich erachtet wurde.

lich vereinbarten Aufhebungsrecht (bzw bei Ipso-facto-Beendigung) könnte dies zweifelhaft sein. Vgl die enge Umschreibung des Anwendungsbereiches der Art 81ff bei BIANCA/TALLON, Commentary 394.

¹¹⁷ Ebenso HUBER, JBl 1989, 276 (FN 16).

¹¹⁸ Von CAEMMERER, in FS COING 52; HUBER, RabelsZ 1979, 464; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 60.

¹¹⁹ SCHLECHTRIEM, RdW 1989, 48. Zum EKG vgl OLG Hamm 8.12.1980, in SCHLECHTRIEM/MAGNUS (Hrsg), Rechtsprechung Art 26 EKG/3.

(iii) Ein Indiz für den Fixcharakter des Geschäftes kann auch die Verwendung gewisser Klauseln sein, die in Verbindung mit Handelsbräuchen (Art 8 III) auf die Wesentlichkeit der termingerechten Lieferung schließen lassen¹²⁰.

Soweit einige Hinweise zur Vertragsauslegung im Rahmen des ersten Tests von Art 25 WKR. Mit ihrer Hilfe ist festzustellen, ob dem Käufer durch die Verzögerung "im wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag erwarten darf".

Die Beweislast für das Vorliegen einer solchen Situation liegt beim Käufer. Er wird mangels eines expliziten Rücktrittsvorbehaltes die Erkennbarkeit seines besonderen Interesses am Zeitfaktor nachzuweisen haben. Nur wenn ihm dies gelingt, wird man annehmen können, daß dieses besondere vertragsleitende Interesse in den Schutzbereich des Vertrages aufgenommen wurde.

c) Der Vorhersehbarkeitstest

Bei Vorliegen eines "wesentlichen Nachteils" kann sich der Verkäufer entlasten, indem er beweist, er habe damit nicht (mehr) rechnen müssen, als er die Einhaltung des Leistungstermins versäumte. Dies wird ihm nicht leicht gelingen. Denkbar ist etwa folgender Fall:

Ein Zulieferer beim Bau eines Großprojekts ist vertraglich zur genauen Einhaltung eines Termins verpflichtet, wobei die Wesentlichkeit dieser Verpflichtung außer Streit steht. Aus den Medien erfährt er aber, daß der Bau aus politischen oder wirtschaftlichen Gründen steht. Vernünftigerweise nimmt er an, daß seine Lieferung nun nicht unmittelbar notwendig ist. Er disponiert dementsprechend, muß aber tags darauf erfahren, daß aufgrund eines völlig unerwarteten "Machtwortes" von höchster Ebene dennoch weitergebaut wird.

Für den Zulieferer war es in diesem Fall vernünftig gewesen, eine Interessenänderung des Bauherrn anzunehmen. Er bleibt zwar zum Schadenersatz verpflichtet, eine sofortige Beendigung des Vertrages durch den Auftraggeber ist aber nicht möglich.

Zu beachten ist aber, daß Art 25 dispositives Recht darstellt. Aus dem Vertrag könnte sich mithin ergeben, daß die Entlastungsmöglichkeit wegen fehlender Vorhersehbarkeit ausgeschlossen werden sollte. Bei ausdrücklicher Vereinbarung eines Rücktrittsrechts bei Terminüberschreitung wird

¹²⁰ ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 73.

das in der Regel der Fall sein; auch die Verwendung von Fix-Klauseln könnte in Zusammenhalt mit Handelsbräuchen diese Interpretation nahelegen.

An dieser Stelle soll noch einem Mißverständnis vorgebeugt werden. War ein besonderes Interesse an der Rechtzeitigkeit der Leistung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorgelegen oder zumindest nicht erkennbar gewesen, kann eine *nachträgliche* Vorhersehbarkeit des Interessenfortfalls nicht zu einer "wesentlichen Vertragsverletzung" führen¹²¹.

Die Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern erfolgte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses; der Fixcharakter eines Geschäfts stellt eine besondere Leistung dar, die zumindest prinzipiell zusätzlich abzugelten ist. Eine nachträgliche einseitige "Aufwertung" des Zeitfaktors führte zu einer Störung der subjektiven Äquivalenz des Vertrages, da neue Pflichten bzw Risiken geschaffen würden, denen keine Gegenleistung gegenüberstünde.

4) Vergleich: Österreichisches Kaufrecht - WKR

Die strukturelle Ähnlichkeit zwischen WKR und österreichischem Schuldrecht ist frappant. Die sofortige Lösung vom Vertrag ist in beiden Rechten möglich, wenn das Interesse des Käufers an der genauen Einhaltung des Liefertermins Vertragsbestandteil geworden ist. Im österreichischen wie im internationalen Kaufrecht ist die Auslegung des Vertrages Grundlage aller weiteren Überlegungen.

Es existieren aber auch Unterschiede:

- Das österreichische Recht regelt das Problem nicht im Rahmen einer einheitlichen Konzeption der Vertragsverletzung, sondern bleibt - zumindest rechtstechnisch - bei der römischrechtlichen Differenzierung zwischen Verzug und anderen Formen von Leistungsstörungen.
- Das österreichische Recht knüpft die Lösbarkeit des Vertrages ausschließlich an die objektive Verzögerung der Leistung; Vertreten-Müssen wie in § 326 BGB ist nicht erforderlich. Art 49 I a iVm Art 25 kennt dagegen die Entlastung des Verkäufers durch den Nachweis der Unvorhersehbarkeit.

¹²¹ Damit folgt diese Auffassung ausdrücklich SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 60 und von CAEMMERER, in FS COING 51.

- Ist eine Nachfrist erforderlich, so bedarf es nach dem Wortlaut des WKR zweier Erklärungen: Setzung der Nachfrist und nach deren ungenutztem Ablauf Aufhebung des Vertrages. Das österreichische Recht begnügt sich mit dem "Rücktritt unter Setzung einer Nachfrist".

- Im Fall eines Fixgeschäftes wird der Vertrag nach österreichischem Recht ipso facto aufgelöst, wenn der Käufer nicht unverzüglich anzeigt, am Vertrag festhalten zu wollen. Im WKR ist eine Aufhebungserklärung des Käufers erforderlich.

Diese Unterschiede ändern nichts an der grundsätzlichen Ähnlichkeit. Die Lösung des WKR ist rechtspolitisch vorzuziehen, was die einheitliche Konzeption der Vertragsverletzung und die Notwendigkeit einer Aufhebungserklärung auch beim Fixgeschäft betrifft. Ersteres dient der Einfachheit und Klarheit, letzteres der Rechtssicherheit: der Verkäufer weiß, woran er ist, auch wenn ihm die Wesentlichkeit des Zeitfaktors nicht bewußt gewesen war.

Zu bezweifeln ist dagegen die rechtspolitische Sinnhaftigkeit des (zweiten) Vorhersehbarkeitstests in Art 25. Der Anwendungsbereich ist gering; die Entlastung des Verkäufers widerspricht der grundlegenden Tendenz des WKR, daß Verschuldenselemente im System der Rechtsbehelfe keinen Platz haben sollen¹²². Ein solches subjektives Element im Bereich der Vertragsaufhebung einzuführen, aber beim Schadenersatz unbeachtet zu lassen, scheint ein merkwürdiger Wertungswiderspruch zu sein¹²³.

Ebenfalls nicht unmittelbar einsichtig ist die Erforderlichkeit zweier Erklärungen im Fall des Art 49 I b WKR. Warum soll nicht die Erklärung des Käufers ausreichen, er beende den Vertrag, wenn nicht binnen X Tagen geliefert würde. Der Verkäufer wüßte auch in diesem Fall, woran er ist; ein besonderes Interesse seinerseits an zwei Erklärungen ist nicht ersichtlich. Schon de lege lata spricht wohl nichts dagegen, eine mit ungenutztem Ablauf der gleichzeitig gesetzten Nachfrist bedingte Aufhebungserklärung zuzulassen¹²⁴.

¹²² HELLNER, ZGG 1988, 263.

¹²³ Dagegen läßt sich zwar im allgemeinen anführen, daß im internationalen Handel die Vertragsaufhebung wegen des hohen Transportkostenanteils eine ökonomisch schwererwiegende Sanktion darstellt als die Schadenersatzpflicht und daß sie daher an engere Voraussetzungen geknüpft werden sollte. Dieses Argument trägt aber nur in Fällen, in denen die Ware entweder schon geliefert oder zumindest abgesendet ist. Wenn sie sich dagegen noch beim Verkäufer befindet, geht das Argument ins Leere.

¹²⁴ Gegen die Zulässigkeit einer aufschiebend bedingten Aufhebung

Andererseits ist die - für das österreichische Recht abgelehnte¹²⁵- Möglichkeit des Käufers positiv zu bewerten, eine Nachfrist iSd Art 49 I b setzen zu können, ohne gleichzeitig verbindlich die Vertragsaufhebung für den Fall ihres ungenutzten Ablaufes erklären zu müssen¹²⁶. Nach Ablauf der Frist stehen Aufhebung des Vertrages, eine weitere Nachfrist oder auch eine Leistungsklage zur Wahl. Dem Verkäufer ist diese Lösung zumutbar, da er ja durch Leistung oder Erklärung, nicht leisten zu wollen, jeden Zweifel aus der Welt schaffen könnte.

B. ZUM VERHÄLTNISS ZWISCHEN WESENTLICHKEIT UND BEHEBBARKEIT

1) Problem

Ausgangspunkt sei folgende Situation: Die vertragswidrige Mangelhaftigkeit der Kaufsache führt zur Unbrauchbarkeit, sei es für die übliche Verwendung, sei es für im Vertrag genannte Zwecke. Die Voraussetzungen für eine wesentliche Vertragsverletzung scheinen also vorzuliegen. Es wäre aber möglich, die Kaufsache ohne größere Verzögerung zu reparieren oder - bei einem Gattungskauf - durch ein mangelfreies Stück zu ersetzen. Kann sich der Käufer trotzdem auf Art 49 I a WKR berufen und den Vertrag aufheben?¹²⁷

Dieses Problem ist eines der heiß diskutierten im WKR. Zumeist wird es vor allem unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses zwischen dem Aufhebungsrecht des Käufers (Art 49) und dem Nachbesserungsrecht des Verkäufers (Art 48) gesehen. Es dürfte jedoch angebracht sein, eine

spricht auch nicht Art 47 II: Diese Bestimmung soll dem Verkäufer die Sicherheit geben, *während offener Nachfrist* mit schuldbefreiender Wirkung leisten zu können (BIANCA/WILL, Commentary 346). An dieser Sicherheit ändert sich nichts, wenn wegen der bedingten Aufhebungserklärung bereits von vornherein feststeht, daß *nach Ende der Frist* der Vertrag ohne weitere Erklärung beendet ist.

¹²⁵ HM. Vgl MAYRHOFER, Schuldrecht 380; OGH 19.10.1955 JBl 1956, 151; OGH 15.12.1964 HS 4285. AA RUMMEL/REISCHAUER § 919 RZ 15.

¹²⁶ So deutlich BIANCA/WILL, Commentary 344: der Verkäufer müsse stets damit rechnen, daß die gewährte Nachfrist die letzte sei, der Käufer dagegen bleibe frei ("For him, additional does not equal final").

¹²⁷ Von vornherein außer Frage steht, daß eine Nachfristsetzung nach Art 47 I keine Rolle spielen kann. Art 49 I b bezieht sich eben nur auf Fälle von *Nichtlieferung*. Vgl bloß BIANCA/WILL, Commentary 346.

Schicht tiefer anzusetzen: Kann ein behebbarer Mangel *überhaupt* eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen?

Vor einer näheren Darstellung dieser Frage soll wiederum ein Blick auf die Lösung des analogen Problems im österreichischen Kaufrecht geworfen werden.

2) Die Rechtslage nach österreichischem Recht

a) Grundsatz: Wandlung nur bei wesentlichen, unbehebbarren Mängeln

Der genannte Fall wird im System des ABGB unter das Institut der Gewährleistung¹²⁸ subsumiert. Danach ist zuerst zu prüfen, ob der Mangel "wesentlich"¹²⁹ ist: das ist der Fall, wenn durch ihn "der ordentliche Gebrauch verhindert wird" (§ 932 ABGB). Nach überwiegender Meinung bedeutet dies, daß die Sache zum üblichen oder zum vereinbarten¹³⁰ Gebrauch *untauglich*¹³¹ sein muß.

Diese Wesentlichkeit eines Mangels ist *begrifflich* unabhängig von dessen Behebbarkeit. Ein Vergleich mit dem WKR fordert jedoch eine *funktionale* Betrachtung. Wandlung (Lösung des Vertrages durch den Käufer) ist nach § 932 ABGB nur bei einem *unbehebbarren* wesentlichen Mangel möglich.

Ein Mangel ist behebbar, wenn er mit wirtschaftlich sinnvollem Aufwand aus der Welt geschafft werden kann¹³², und zwar in absehbarer Zeit¹³³.

Bei Gattungsschulden kann ein Mangel regelmäßig durch Austausch der fehlerhaften Stücke behoben werden¹³⁴.

¹²⁸ Die, anders als im System des BGB (§§ 459ff BGB im Titel "Kauf. Tausch"), im allgemeinen Teil des Schuldrechts geregelt ist (§§ 922ff ABGB im Hauptstück "Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt").

¹²⁹ Auch: "Hauptmangel".

¹³⁰ SCHWIMANN/BINDER § 932 RZ 9; KOZIOL/WELSER I 243; OGH 8.2.1933 SZ 15/104; OGH 4.5.1976 SZ 49/60). In der Sache gleich, aber mit abweichender Terminologie RUMMEL/ REISCHAUER § 932 RZ 2.

¹³¹ Zu diesem Begriff zuletzt GRUBER, ÖJZ 1989, 106ff mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes.

¹³² KOZIOL/WELSER I 244; RUMMEL/REISCHAUER § 932 RZ 1; OGH 26.20.1955 SZ 28/237 (wäre vollständige Neu- bzw Umkonstruktion erforderlich, ist der Mangel unbehebbar); OGH 17.1.1980 SZ 53/7; OGH 3.3.1982 SZ 55/29.

¹³³ RUMMEL/REISCHAUER § 932 RZ 1; OGH 22.9.1971 JBl 1972, 531.

Ist ein Mangel zwar wesentlich, aber behebbbar, so kann im System des ABGB nur Preisminderung oder Verbesserung¹³⁵ gefordert werden¹³⁶. Letztere kann (nach wohl hM nach Wahl des Verkäufers) bei Gattungsschulden auch durch Austausch der fehlerhaften Stücke erfolgen¹³⁷. Was das Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander betrifft, ist vieles strittig¹³⁸; auf Einzelfragen soll hier nicht eingegangen werden.

b) Einschränkungen dieses Grundsatzes

Der genannte Grundsatz - Wandlung nur bei unbehebbarrem Mangel - erfährt aber in Lehre und Rechtsprechung eine zweifache Einschränkung: Bei Verzug mit der Verbesserung soll die Lösung vom Vertrag ebenso ohne Rücksicht auf die Behebbarkeit des Mangels möglich sein wie bei einem (beachtlichen) Irrtum über Qualität der Ware. Weiters ist in diesem Zusammenhang der Sonderfall des wesentlichen Mangels bei einem Fixgeschäft zu behandeln.

aa) Verzug mit der Verbesserung

Wird Verbesserung verlangt und kommt der Verkäufer dem nicht nach, so ist nach hM ein Abgehen vom Vertrag möglich. In der Rechtsprechung findet sich die Formulierung: "... kann der Käufer den Mangel als unbehebbar behandeln und wandeln"¹³⁹. Die Lehre löst das Problem über-

¹³⁴ KOZIOL/WELSER I 246; KLANG/BYDLINSKI IV/2, 156ff.

¹³⁵ Der Verbesserungsanspruch ist nach hM nichts anderes als der erhalten gebliebenen Erfüllungsanspruch des Kaufvertrages, und zwar auch beim Stückkauf (KOZIOL/WELSER I 245 mwN in FN 28; OGH 27.8.1980 EvBl 1981/59). Damit wird die römischrechtliche Trennung zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung überwunden, obwohl angeblich "Ströme von Tinte, die über diese Frage vergossen wurden" nichts daran ändern könnten, daß ein Verkäufer nicht verpflichtet sein könne, "ein krankes Tier als ein gesundes und ein schwaches als starkes" zu liefern (Basedow, Reform 13).

¹³⁶ Daher dürfen die Wesentlichkeitsbegriffe von ABGB und WKR nicht einfach gleichgesetzt werden. Im WKR reicht die Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung ja aus, um den Vertrag aufhebbar zu machen.

¹³⁷ KOZIOL/WELSER I 246 und WELSER, JBl 1982, 587.

¹³⁸ Vgl. bloß KOZIOL/WELSER I 246f und MAYRHOFER, Schuldrecht 418ff.

¹³⁹ OGH 5.10.1949 SZ 22/145; OGH 8.6.1977 SZ 50/85; OGH 2.5.1979 JBl 1980, 259 (zur Begründung krit. WILHELM); OGH 14.1.1981 JBl 1982, 38 (zur Begründung krit. WILHELM); zuletzt OGH 9.2.1988 JBl 1988, 448. In

wiegend durch die Anwendung von § 918 ABGB auf die Pflicht zur Verbesserung: komme der Verkäufer damit in (objektiven) Verzug, könne der Käufer unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten¹⁴⁰.

Begründet wird das damit, daß im österreichischen Recht Gewährleistungsansprüche nichts anderes als erhalten gebliebene Erfüllungsansprüche seien, weswegen die allgemeinen Nichterfüllungsregeln anwendbar blieben, soweit im Gewährleistungsrecht eine spezielle Regelung fehle. Eine Bestimmung über die Rechtsfolgen des Verzuges mit der Verbesserung sei nicht vorhanden, daher müsse auf § 918 ABGB zurückgegriffen werden¹⁴¹.

Hier nicht zu erörternde Probleme ergeben dabei sich daraus, daß die Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts binnen 6 Monaten gerichtlich begehrt werden müssen (§ 933 ABGB), der Rücktritt nach § 918 aber außergerichtlich während der ganzen Verjährungsfrist möglich ist¹⁴². Es sind dies Probleme, die ausschließlich auf der traditionellen "horizontalen" Differenzierung zwischen verschiedenen Vertragsverletzungstypen beruhen.

Unabhängig davon bleibt ein grundsätzlicher Einwand gegen die Lösung der hM: Die deutliche Wertung des § 932 ABGB wird unterlaufen, wenn auch behebbare Mängel zur Beendigung des Vertrages führen können. Die Beschränkung der Wandlung auf Fälle von unbehebaren Mängeln wird so zum bloßen "Nachbesserungsrecht" des Verkäufers. Kommt er einem dies-

der Literatur SCHWIMANN/BINDER § 932 RZ 50.

¹⁴⁰ KOZIOL/WELSER I 245; KLANG/BYDLINSKI IV/2, 153f; WILHELM, JBl 1975 118ff, 190 et passim); MAYRHOFER, Schuldrecht 422. Mit gleicher Terminologie, aber den Rücktritt auch bei unwesentlichen Mängeln zulassend RUMMEL/REISCHAUER § 932 RZ 12. Noch weiter geht KRAMER, JBl 1972, 401: Rücktritt (trotz § 932 ABGB) sofort und auch bei unwesentlichen Mängeln möglich.

¹⁴¹ WILHELM, JBl 1975, 122; DERS, JBl 1980, 262.

¹⁴² Nach wohl übw Meinung ist der "Rücktritt", sobald der Vertragspartner einmal geleistet hat, nur gerichtlich innerhalb der Gewährleistungsfrist (§ 933 ABGB) möglich (WILHELM, JBl 1975, 181ff; OGH 30.4.1975 SZ 48/56). Dies soll auch dann gelten, wenn das Verbesserungsbegehren - etwa durch erfolglose Verbesserungsversuche - anerkannt wurde (OGH 14.1.1981 JBl 1982, 38; ebenso SCHWIMANN/BINDER § 932 RZ 12). Dagegen für außergerichtlichen Rücktritt bei anerkanntem Verbesserungsbegehren RUMMEL/REISCHAUER § 932 RZ 12 und vor allem WILHELM, JBl 1975, 185; DERS, JBl 1980, 262; DERS, JBl 1982, 40. Vgl zur Fristenproblematik weiters WILHELM, RdW 1986, 102.

bezüglichen Verlangen nicht nach, kann sich der Käufer vom Vertrag lösen¹⁴³.

bb) Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums

Im Gegensatz zum bundesdeutschen Recht wird in Österreich die Anfechtung des Vertrages wegen eines wesentlichen Irrtums über die Eigenschaften der gekauften Sache auch nach Lieferung für möglich gehalten¹⁴⁴. Damit wird der Ausschluß der Wandlung bei behebbaren Mängeln teilweise unterlaufen. Es würde zu weit führen, die Problematik hier aufzurollen. Hinzuweisen ist nur darauf, daß die Irrtumsanfechtung im ABGB an engere Voraussetzungen geknüpft ist als im BGB¹⁴⁵. Aus diesem Grund erscheint die Konkurrenz zwischen Irrtum und Gewährleistung im österreichischen Recht eher tragbar als angesichts des bundesdeutschen Willensprinzips, das jeden Geschäftsirrtum beachtlich sein läßt¹⁴⁶.

¹⁴³ Eine Wertungsdivergenz verneint WILHELM, JBl 1975, 121: Gesetzeszweck des § 932 ABGB sei es, dem Schuldner Gelegenheit zu geben, die Leistung zu verbessern (so wie § 918 ABGB Gelegenheit geben soll, nachträglich zu liefern). Wird diese Gelegenheit versäumt, sei eben in Anwendung des § 918, der den § 932 "in nahezu idealer Weise" ergänze, der Rücktritt zulässig. Im Ergebnis heißt das: right to cure des Verkäufers, aber ansonsten Lösbarkeit des Vertrages auch bei behebbaren Mängeln. Diese Konsequenz zieht auch WILHELM, wenn er von einer "Nachholungschance" des Schuldners spricht (JBl 1975, 122). Eine systemkonforme Reaktion auf den Verzug mit der Verbesserung wäre die folgende: Liegt ein Urteil auf Verbesserung vor und kommt der Verkäufer dem nicht nach, so hat der Käufer die Wahl, das Urteil im Weg der Zwangsvollstreckung durchzusetzen (Ersatzvornahme) oder vom *Verbesserungsbegehren* (nicht vom Vertrag!) zurückzutreten und nunmehr Preisminderung zu verlangen.

¹⁴⁴ Vgl KOZIOL/WELSER I 253f im Gegensatz zur hM in der BRD: PALANDT/HEINRICHS § 119 Anm 6e. Kritisch zum Nebeneinander im österreichischen Recht jüngst HONSELL, JBl 1989, 206ff.

¹⁴⁵ § 871 ABGB nennt 3 Beachtlichkeitsfälle: der Irrtum war vom Vertragspartner des Irrenden veranlaßt, hätte diesem offenbar auffallen müssen oder wurde rechtzeitig aufgeklärt. Ein Problem ergibt sich daraus, daß die Jud (OGH 7.2.1963 SZ 36/22; OGH 8.10.1975 JBl 1976, 646) mit der älteren Lehre (KLANG/GSCHNITZER IV/1, 133f; EHRENZWEIG, System I/1, 238f) den gemeinsamen Irrtum beider Parteien ebenfalls als beachtlich ansieht: damit wird, wie HONSELL, JBl 1989, 207 zurecht bemerkt, fast jeder Geschäftsirrtum aufgreifbar. In der Lehre wird dieser gesetzlich nicht vorgesehene vierte Beachtlichkeitsfall heute überwiegend abgelehnt (KOZIOL/WELSER I 123; RUMMEL, JBl 1981, 1ff).

¹⁴⁶ BYDLINSKI, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 85f.

cc) Behebbarer Mangel beim Fixgeschäft

Behebbarkeit des Mangels schließt nach dem bisher Gesagten - abgesehen vom Irrtumsfall - zumindest sofortige Wandlung aus. Gilt dies aber auch bei Fixgeschäften? Eine ausdrückliche Regelung fehlt; Lehre und Rechtsprechung haben sich des Problems bislang noch nicht angenommen.

Orientiert man sich nur am Wortlaut des Gesetzes, läßt sich eine Verschiedenbehandlung von Termin- und Fixgeschäften nicht begründen. Gegen diese Auffassung spricht aber die Wertung des § 919 ABGB.

Liegt ein Fixgeschäft vor, dann führt (objektiver) Verzug zur Beendigung des Vertrages, da verspätete Leistung für den Käufer nicht mehr von Interesse ist. Ob aber zum vereinbarten Zeitpunkt keine oder unbrauchbare Ware geliefert wurde, kann keinen Unterschied machen. Das vertraglich geschützte Interesse kann doch nicht nur darin bestehen, die Kaufsache rechtzeitig in Händen zu haben. Was nützte das im Fall ihrer Unbrauchbarkeit?

Im Normalfall des § 932 ABGB wird dem Käufer (nach hM) Warten auf die Verbesserung durch den Verkäufer zugemutet. Dies korrespondiert mit der Wertung des § 918 ABGB, wonach auch bei Leistungsverzögerung eine Zeit lang zugewartet werden muß.

Diese Zumutbarkeit fällt aber weg, wenn aufgrund des Vertrages feststeht, daß verspätete Leistung nicht mehr als Erfüllung gelten soll. Hier muß bei Unbrauchbarkeit der Sache sofortige Wandlung zulässig sein.

Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, daß ein Verkäufer, der einen Fixtermin voraussichtlich nicht einhalten kann, auf einfache Weise das drohende Ende des Vertrages vermeiden könnte: er brauchte bloß minderwertige, fehlerhafte, schlicht unbrauchbare Ware zu liefern und auf eine Mängelrüge zu warten. Gegen das Wandlungsbegehren des Verkäufers könnte er dann einwenden, er sei bereit, den Mangel durch Austausch mit - inzwischen nachbeschaffter - fehlerfreier Ware zu beheben.

Daß damit der Zweck des § 919 ABGB unterlaufen würde, ist evident. Beim Fixgeschäft ist daher sofortige Wandlung auch bei Behebbarkeit des Mangels zuzulassen. Es wird sich zeigen, daß ein ähnlicher Gedanke auch im Rahmen des WKR eine Rolle spielt.

c) Bewertung der österreichischen Lösung

Der Text von § 932 ABGB gestattet Wandlung nur bei unbehebbarren Mängeln. Diese scheinbar sehr weitgehende Beschränkung des Rechts,

sich bei Sachmängeln vom Vertrag zu lösen, hat einen außenstehenden Beobachter zu folgender Aussage veranlaßt: "The result of these restrictions on the right to terminate is to make it hard in Austrian law for the buyer to use a defect which has not caused him substantial prejudice as a pretext for terminating a contract which has turned out to be a bad bargain."¹⁴⁷

Genauere Betrachtung hat aber gezeigt, daß - ganz abgesehen vom Sonderproblem des Fixgeschäftes - sowohl durch eine Irrtumsanfechtung als auch über den Rücktritt bei Verzug mit der Verbesserung die *Beendigung des Vertrages auch bei behebbaren Mängeln* erreicht werden kann, was der positiv beurteilten Wertung des § 932 ABGB tendenziell zuwiderläuft.

Das an sich klare Prinzip wird also nicht durchgehalten, sondern in weiten Bereichen in sein Gegenteil verkehrt. Behebbarkeit des Mangels führt bloß zu einem zeitweiligen Ausschluß des Wandlungsrechts; kommt der Verkäufer einer Aufforderung zur Verbesserung nicht nach, ist auch bei behebbaren Mängeln die Lösung vom Vertrag zulässig. Dem Käufer wird in keinem Fall zugemutet, in Eigenregie zu verbessern. Ist Irrtumsrecht einschlägig, so könnte sogar sofortige Anfechtung des Vertrages möglich sein.

3) Die Rechtslage nach WKR

a) Die Lehre

Berechtigt ein behebbarer Sachmangel, der ohne Behebung als wesentliche Vertragsverletzung qualifiziert werden könnte, zur sofortigen Aufhebung des Vertrages? Diese zentrale Frage wird in der Literatur zum WKR unterschiedlich beantwortet.

(i) Nach einer Meinung¹⁴⁸ hat die Frage, ob wegen eines Sachmangels eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, nichts mit der eventuellen

¹⁴⁷ TREITEL, International Encyclopedia 16-171; ähnlich positiv auch BASEDOW, Reform 70f.

¹⁴⁸ ZIEGEL, in GALSTON/SMIT (Hrsg), International Sales 9-23; WELSER, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 125; LESSIAK, in DORALT, (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 145; EBENROTH, JBl 1986, 693; von HOFFMANN, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 299; ENDERLEIN, in SARCEVIC/VOLKEN (Hrsg), International Sale 193; HUBER, RabelsZ 1979, 491 (kritisch de lege ferenda).

Behebbarkeit dieses Mangels zu tun. Nur die Auswirkungen des *unbeheb-*
enen Mangels sollen bei der Beurteilung des Vertragsbruchs eine Rolle
spielen. Führe der Mangel zu einer in *diesem* Sinne wesentlichen Ver-
tragsverletzung, dann könne der Käufer den Vertrag sofort aufheben. Mit
dieser Aufhebung ende dann konsequenterweise das Nachbesserungsrecht
des Verkäufers.

Die Vertragsaufhebung bleibt nach dieser Auffassung möglich, solange
sich der Käufer nicht im Sinn von Art 48 II WKR verschwiegen hat¹⁴⁹.
Diese Lösung begünstigt natürlich den Käufer. Er kann das dem Verkäufer
durch Art 48 eingeräumte Nachbesserungsrecht durch einfache Auf-
hebungserklärung leerlaufen lassen.

(ii) Betont verkäuferfreundlich ist dagegen ein anderer Lösungsansatz. Im
Fall eines Sachmangels sei bei der Wesentlichkeitsprüfung auch auf die
Möglichkeit bedacht zu nehmen, daß der Mangel behoben werden könnte.
Dabei wird nicht zwischen Behebung durch Reparatur und Behebung durch
Austausch unterschieden.

Die Behebungsmöglichkeit schließt nach dieser Auffassung in der Regel
das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung aus, sodaß eine
sofortige Aufhebung nicht zulässig ist¹⁵⁰. Werde der Mangel aber nicht
binnen angemessener Frist behoben, könne der Zeitfaktor zur Wesentlich-
keit der Vertragsverletzung und damit zum Aufhebungsrecht führen.

Annähernd dasselbe Ergebnis erreicht WILL mit anderer Begründung. Ob
eine wesentliche Vertragsverletzung vorliege, sei zwar nach den Aus-
wirkungen des *unbehebeneden* Mangels zu beurteilen. Aber selbst wenn
aufgrund dieser Auswirkungen die Vertragsverletzung als wesentlich
qualifiziert werden müsse, sei das Aufhebungsrecht des Käufers
suspendiert, wenn er mit Verbesserung durch den Verkäufer rechnen
könne¹⁵¹.

¹⁴⁹ Schweigt der Käufer auf ein Verbesserungsangebot des Verkäufers, so
ist er für die Dauer des Verbesserungsversuches an der Vertrags-
aufhebung gehindert.

¹⁵⁰ So bereits Commentary on the Draft Convention, Official Records 40.
Weiters HONNOLD, Uniform Law RZ 296 ("Will the seller cure?" als Frage,
die über die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung entscheidet);
ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 74; Großkommentar HGB/KOLLER
vor § 373 RZ 688; SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 60 (FN 208), 78;
DERS., JZ 1988, 1045; HUTTER, Haftung 112 (unklar aber 121f); offen-
sichtlich auch BASEDOW, Reform 70. Für die Draft Convention schon
BEINERT, Vertragsverletzung 89. Unklar Farnsworth, in Wiener Überein-
kommen 89.

¹⁵¹ BIANCA/WILL, Commentary 350f.

(iii) Eine vermittelnde Lösung wird neuerdings von HUBER vertreten¹⁵². Er unterscheidet zwischen Mängeln, die durch Reparatur der Sache behoben werden können, und solchen, bei denen die Behebung nur durch Austausch der fehlerhaften Stücke möglich ist.

Für die erste Gruppe vertritt er die verkäuferfreundliche Position: Reparaturfähigkeit schließe grundsätzlich die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung und damit sofortige Vertragsaufhebung aus. Erst wenn der Verkäufer einem Verbesserungsbegehren nicht nachkomme, könne sich der Käufer wegen der nunmehr zweifachen¹⁵³ und damit wesentlichen Vertragsverletzung vom Vertrag lösen¹⁵⁴.

Kann der Mangel dagegen nur durch Austausch behoben werden, dann liegt nach Meinung HUBERS eine wesentliche Vertragsverletzung vor, weswegen die Möglichkeit der sofortigen Vertragsaufhebung besteht. Nehme der Käufer diese Möglichkeit wahr, dann könne der Verkäufer sich nicht mehr auf sein Nachbesserungsrecht nach Art 48 WKR berufen.

b) Eigene Auffassung

aa) Zum Verhältnis zwischen Wesentlichkeit und Behebbarkeit im allgemeinen

(i) Art 48 wird eingeleitet durch die Worte: "Subject to article 49". Das kann nur so verstanden werden, daß eine nach Art 49 *gerechtfertigte* Aufhebung das Nachbesserungsrecht des Art 48 leerlaufen läßt. Gerechtfertigt ist eine Aufhebung *immer*, aber auch *nur* dann, wenn die Vertragsverletzung wesentlich ist. Es ist daher angebracht, unser Problem

¹⁵² HUBER, JBl 1989, 281ff (in RabelsZ 1979, 491 hatte er noch - wenn auch de lege ferenda äußerst kritisch - die oben (i) erwähnte käuferfreundliche Position vertreten). Zu beachten ist, daß HUBER eine andere als die hier verwendete Terminologie gebraucht: unter einem *behebbaeren* Mangel versteht er nur den im engeren Sinn *reparaturfähigen*; hier wird dagegen "Behebung" als Oberbegriff für Reparatur und Austausch benutzt.

¹⁵³ HUBER, JBl 1989, 280; die erste Vertragsverletzung liegt in der Lieferung der mangelhaften Sache, die zweite im Unterlassen der Verbesserung.

¹⁵⁴ Anders bei "ganz untergeordneten Mängeln, die der Käufer ohne Schwierigkeiten selbst beseitigen oder durch Dritte beseitigen lassen kann": HUBER, JBl 1989, 280.

nicht über die Figur des "trotz Wesentlichkeit suspendierten Aufhebungsrechts" zu lösen. Statt dessen ist eine Schicht tiefer anzusetzen und zu prüfen, ob das Vorliegen des behebbaren Mangels als wesentliche oder unwesentliche Vertragsverletzung qualifiziert werden muß.

(ii) Bei dieser Prüfung ist nach dem hier vertretenen Ansatz ausschließlich auf die Interpretation des konkreten Vertrages abzustellen. Weshalb bei dieser Vertragsauslegung *ein* Ergebnis - nämlich jenes, wonach das Interesse des Käufers am Vertrag bei Behebung innerhalb angemessener Frist *nicht* wegfallt - prinzipiell ausgeschlossen sein soll¹⁵⁵, ist schlechthin nicht ersichtlich.

Muß der Vertrag nach Art 8 II WKR ausgelegt werden, dann liegt dieses Ergebnis sogar durchaus nahe. Bei der Ermittlung des Reasonable-man-Standard kann nämlich auf die Wertung des Art 49 I b zurückgegriffen werden: Nichtlieferung, also der schwerste Verstoß gegen Verkäuferpflichten, berechtigt in der Regel *nicht* zur sofortigen Aufhebung des Vertrages. Diese Bestimmung ist Ausdruck des Gedankens, daß vernünftige Parteien Nichtlieferung erst nach Ablauf einer angemessenen Frist als wesentlich ansehen würden¹⁵⁶.

Die Leistung mangelhafter Ware wiegt gegenüber Nichtlieferung weniger schwer. Der Verkäufer hat wenigsten einen Teil seiner Pflichten erfüllt. Warum sollte dann aber - "vernünftige" Parteien vorausgesetzt - schon "An-sich-Wesentlichkeit" *ohne* Rücksicht auf den Zeitfaktor zum Wegfall vertraglich geschützter Interessen des Käufers führen, sodaß er den Vertrag sofort aufheben könnte? Von Sonderfällen abgesehen, ist doch eher das Gegenteil zu vermuten.

Aus diesem Grund kann der Auffassung, wonach Fragen der Behebbarkeit bei der Wesentlichkeitsprüfung nicht beachtet werden dürfen, nicht gefolgt werden. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob vernünftige Parteien von einem besonderen Interesse des Käufers ausgegangen wären, die Kaufsache ohne Verbesserungsversuche sofort gebrauchen zu können. Nur wenn dies bejaht werden kann, wurde dieses Interesse in den Schutzbereich des Vertrages aufgenommen, sodaß schon "An-sich-Wesentlichkeit" zur Aufhebung berechtigt.

(iii) Für den Fall, daß Behebung durch den Verkäufer zu erwarten ist, läßt sich dieses Ergebnis auch mit WILLS These von der Suspendierung

¹⁵⁵ So aber die Vertreter der käuferfreundlichen Position (oben a (i)).

¹⁵⁶ Vgl oben II A 1.

des Aufhebungsrechts begründen. Was soll aber in folgendem Sachverhalt rechtens sein: Eine international verkaufte Baumaschine kann nicht gestartet werden, weil ein Kabel nicht angeschlossen ist. Ohne Behebung stellt dieser Mangel zweifellos einen wesentlichen Nachteil dar. Was fängt der Käufer mit einer Maschine an, die sich nicht in Gang bringen läßt? Nach der Mängelrüge stellt sich der Verkäufer aber auf den Standpunkt, eine "Reparatur" seinerseits sei unwirtschaftlich, der Käufer solle das Kabel doch selbst anschließen. Soll der Käufer deswegen zur Aufhebung des Vertrages berechtigt sein?

Daß diese Frage verneint werden muß, liegt auf der Hand. Es wäre wirtschaftlich unsinnig, den möglicherweise weit entfernten Verkäufer unter Drohung mit Vertragsaufhebung zur Verbesserung zu zwingen, wenn der Käufer den Mangel problemlos selbst beheben könnte¹⁵⁷.

Wie kann man dieses Ergebnis aber begründen? Wohl nur damit, daß man Fragen der Behebbarkeit bei der Wesentlichkeitsprüfung miteinbezieht und davon ausgeht, daß vernünftige Parteien in diesem Fall eine Obliegenheit zur Eigenbehebung durch den Käufer angenommen hätten¹⁵⁸. Die Figur des "suspendierten Aufhebungsrechts" hilft hier nicht weiter.

Bei einem schwer behebbaren Mangel wird nur Verbesserung durch den Verkäufer das Aufhebungsrecht des Käufers ausschließen. Es ist zweifellos möglich, in *diesem* Fall von einer "wesentlichen Vertragsverletzung mit suspendiertem Aufhebungsrecht" zu sprechen, während bei zumutbarer Eigenbehebung die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung selbst verneint wird. Mehr systematische Konsequenz dürfte aber die Lösung für sich haben, *beide* Fälle auf der Ebene der Wesentlichkeitsprüfung abzuhandeln.

¹⁵⁷ Auf einem anderen Blatt steht, daß der Käufer natürlich unter den Voraussetzungen des Art 46 III einen Verbesserungsanspruch gegen den Verkäufer hat. Dieser Anspruch könnte - abhängig vom jeweiligen Verfahrensrecht - auch im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden. Gelingt dies nicht, bleiben Preisminderung und/oder Schadenersatz. Das WKR hat die Nichtverbesserung eben nicht, wie dies von HUBER, RabelsZ 1979, 486 de lege ferenda vorgeschlagen worden war, mit einem Aufhebungsrecht "sanktioniert". Anderes gilt anscheinend, wie gezeigt, für das österreichische Recht: Rücktritt gem § 918 ABGB als "Sanktion" und "notwendige Ergänzung der Nachholungschance des Schuldners" (Wilhelm, JBl 1975, 122). Der Unterschied läßt sich mit den typischerweise höheren Rückabwicklungskosten im internationalen Handel erklären.

¹⁵⁸ Man wende nicht ein, die Aufhebung wäre in diesem Fall Rechtsmißbrauch: Was wäre, wenn das Kabel fehlte? Oder Schrauben locker wären? Auf die Figur des Rechtsmißbrauches sollte überdies nur zurückgegriffen werden, wenn eine Lösung im System nicht möglich ist. Art 49 iVm Art 25 ermöglicht aber eine solche *systemkonforme* Lösung.

Dies widerspricht auch nicht dem Willen des historischen Gesetzgebers¹⁵⁹: Zwar hatte sich die Diskussion im Unterausschuß¹⁶⁰ zuerst in der Tat am Verhältnis zwischen Aufhebung und Verbesserungsrecht, zwischen den späteren Art 48 und Art 49 festgefahren. Der Vertreter der Bundesrepublik Deutschland¹⁶¹ bildete in Zusammenhang mit Art 44 der Draft Convention¹⁶² folgendes Beispiel: Eine Maschine wird geliefert, funktioniert aber nicht. Eine Reparatur wäre jedoch möglich.

Er schlug vor, den Wortlaut der Draft Convention dahingehend zu ändern, daß in diesem Fall das Recht des Verkäufers, den Mangel zu beheben, außer Streit stehe. Dabei ging er von der Befürchtung aus, ohne eine ausdrückliche Regelung könnte in diesem Fall das Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung angenommen werden, wodurch sofortige Vertragsaufhebung zulässig wäre.

Dem Antrag wurde entschieden widersprochen. Die dabei verwendeten Argumente lassen aber aufhorchen: In diesem Fall liege eben keine wesentliche Vertragsverletzung vor; eine Änderung des Wortlautes sei gar nicht erforderlich, um das vom deutschen Vertreter gewünschte Ergebnis zu erzielen¹⁶³. In einer ersten Abstimmung wurde der deutsche Vorschlag abgelehnt¹⁶⁴.

Eine wegen der anhaltenden Meinungsverschiedenheiten eingesetzte Arbeitsgruppe¹⁶⁵ präsentierte zwei Vorschläge¹⁶⁶, wobei der erste den deutschen Wünschen entsprach, während der zweite beim Konzept der Draft Convention blieb, es aber wesentlich dunkler formulierte¹⁶⁷.

In der Abstimmung setzte sich die zweite Variante durch¹⁶⁸. Ein Antrag, den klaren Wortlaut der Draft Convention bezüglich des ersten Satzes wieder herzustellen, fiel durch¹⁶⁹. Dies hätte nach Meinung des italieni-

¹⁵⁹ So aber BIANCA/WILL, Commentary 356 ("no longer discussed at the Vienna Conference").

¹⁶⁰ 20. Sitzung, Official Records II 341.

¹⁶¹ KLINGSPORN, Official Records II 341.

¹⁶² Art 44 der Draft Convention entsprach bezüglich des Verhältnisses zwischen Aufhebungsanspruch und Nachbesserungsrecht dem heute geltenden Art 48 WKR.

¹⁶³ So ua FOKEMA (Japan), FELTHAM (Großbritannien), HJERNER (Schweden), BOGGIANO (Italien); alle Official Records II 341-343.

¹⁶⁴ Official Records II 343.

¹⁶⁵ Berichterstattung in der 22. Sitzung, Official Records II 351ff.

¹⁶⁶ A/Conf.97/C.1/L.213, Official Records I 115.

¹⁶⁷ Draft Convention: "Unless the buyer has declared the contract avoided in accordance with Art 45,..."; Variante I der Arbeitsgruppe: "Subject to Art 45,...".

¹⁶⁸ Official Records II 352.

¹⁶⁹ KRISPIS (Griechenland): "Subject the contract not having been avoided in accordance with Art 45,..."; Official Records II 352.

schen Vertreters den Inhalt dieser Bestimmung verändert¹⁷⁰. Warum dies der Fall sein sollte, erläuterte er nicht.

Die Aussage des italienischen Vertreters macht deutlich, daß Art 48 in seiner heutigen Form einen Kompromiß darstellt. Er wurde von manchen nur deswegen angenommen, weil man ihrer Meinung nach eine eventuelle Behebbarkeit des Mangels schon bei der Auslegung des Begriffes "wesentliche Vertragsverletzung" in Art 49 I a berücksichtigen konnte.

Die Ablehnung des deutschen Änderungsvorschlages beruhte also nicht auf der einhelligen Meinung, Behebbarkeit oder Verbesserungsangebot sollten grundsätzlich unbeachtlich sein. Ein Teil der Mitglieder des Unterausschusses meinte vielmehr, eine ausdrückliche Regelung sei gar nicht erforderlich, um das gewünschte Ergebnis zu erreichen.

Wenn man wollte, könnte man jetzt eine hypothetische Mehrheit bilden: sowohl diejenigen Ausschußmitglieder, die einen ausdrücklichen Vorrang des Verbesserungsrechts normiert haben wollten, als auch jene, die dies nicht für notwendig hielten, waren grundsätzlich der Meinung, daß die Behebbarkeit des Mangels zumindest bei Vorliegen eines Verbesserungsangebotes die Aufhebung des Vertrages verhindern sollte.

Auf diese fiktive Mehrheit kommt es aber gar nicht an. Allein die Feststellung, daß ein einheitlicher Wille des Gesetzgebers nicht vorliegt, reicht schon aus, um die historische Interpretation in den Hintergrund treten zu lassen. Sie kann kein Hindernis mehr für den Versuch darstellen, eine Lösung zu finden, die sich in das allgemeine Konzept der wesentlichen Vertragsverletzung einfügt¹⁷¹. Diese Lösung kann aber nur in der Anwendung des Art 25 auf den konkreten Vertrag bestehen.

(iv) Entgegen der Ansicht HUBERS sollte nicht danach unterschieden werden, ob Reparaturfähigkeit im engeren Sinn vorliegt oder ob der Mangel nur durch Austausch behoben werden kann.

Die oben erwähnten Beratungen des Unterausschusses hatten sich zwar nur auf die *Reparatur* der Kaufsache bezogen. Das bedeutet aber nicht, daß nach dem Willen der Ausschußmitglieder nur durch Austausch behebbare Mängel anders behandelt werden sollten. Diese Frage bleibt vielmehr offen: das Problem war überhaupt nicht gesehen worden. Ein relevanter "Wille des Gesetzgebers" liegt daher auch in diesem Fall nicht vor.

Entscheidend ist wieder das Abstellen auf den konkreten Vertrag. Mangels besonderer Anhaltspunkte ist nicht ersichtlich, warum die Parteien zwischen reparaturfähigen und bloß austauschbaren Sachen unterschieden haben sollten. Das vertragsleitende Interesse des Käufers

¹⁷⁰ BONELL, Official Records II 352.

¹⁷¹ So (mit anderer Argumentation) auch BIANCA/WILL, Commentary 348: "The relationship of cure and avoidance thus remains open to interpretation".

geht doch in der Regel dahin, *binnen angemessener Frist gebrauchsfähige Sachen* zu haben. Ob diese Gebrauchsfähigkeit (den Fall einer Stückschuld ausgenommen) durch Reparatur oder Austausch erreicht wird, kann für einen vernünftigen Käufer keinen Unterschied machen.

Das gilt umso mehr, als ja (bei Gattungsschulden) niemand das Recht des Verkäufers bestreitet, einen Sachmangel auch dann, wenn er *an sich* repariert werden könnte, durch Ersatzlieferung zu beheben¹⁷². Dem Käufer wird also grundsätzlich der Austausch der fehlerhaften Ware zugemutet. Daß Ersatzlieferung zwar im Fall reparaturfähiger Ware akzeptiert werden müßte, nicht aber dann, wenn eine Reparatur unmöglich ist, läßt sich mE nicht schlüssig begründen. Die in diesem Fall hypothetische Frage der Reparaturfähigkeit hat mit der Zumutbarkeit einer Ersatzlieferung nichts zu tun. Ein Vertragsinhalt, der nach diesem Kriterium differenziert, kann vernünftigen Parteien nicht unterstellt werden.

bb) Anwendung der erzielten Ergebnisse

Nach der hier vertretenen Auffassung ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein behebbarer Sachmangel zu einem wesentlichen Nachteil¹⁷³ des Käufers führt und ob dieses Ergebnis für den Verkäufer bei Erbringung der Leistung vorhersehbar war.

aaa) Wesentlicher Nachteil

Wenn dem Verkäufer bei Vertragsabschluß erkennbar war, daß das Interesse des Käufers bei einem "an sich" wesentlichen, aber behebbaren Mangel der Kaufsache wegfallen würde, dann wurde bei vorbehaltloser Zustimmung die *Funktionsfähigkeit ohne jeden weiteren Eingriff* zum vertraglich geschützten Interesse. Ist dies der Fall, dann kann sich der Käufer auch bei Vorliegen eines *behebbaren* Mangels sofort vom Vertrag lösen¹⁷⁴.

¹⁷² Vgl schon Commentary on the Draft Convention, Official Records I 40 sowie aus der Literatur BIANCA/WILL, Commentary 353 (ohne die Einschränkung auf Gattungsschulden, die aber, wie HELLNER, ZGG 1988, 262 bemerkt, international die Regel sein werden); SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law 77 und auch HUBER, JBl 1989, 279.

¹⁷³ Daß umgekehrt ein unbehebbarer Mangel auch unwesentlich sein kann, steht außer Zweifel. Vgl dazu nur das Beispiel von HUBER, JBl 1989, 283.

¹⁷⁴ Dies natürlich nur unter der Bedingung, daß dem Verkäufer nicht der

Wird dagegen das Interesse an der *sofortigen* Gebrauchsfähigkeit *nicht* vom Schutzbereich des Vertrages erfaßt, dann könnte nur Zeitverlauf zum Wesentlichwerden des durch den Sachmangel verursachten Nachteils führen. Ob und wann dies geschieht, muß ebenfalls durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden.

Wurden die in Rede stehenden Fragen von den Parteien nicht ausdrücklich geregelt und hatte der Verkäufer auch keine Kenntnis von einer bestimmten speziellen Interessenlage des Käufers¹⁷⁵, dann muß bei der Vertragsauslegung auf den Reasonable-man-Standard des Art 8 II WKR zurückgegriffen werden.

Es ist nach Verkehrskreisen und Art des Geschäftes, aber auch nach der Entfernung zwischen den Vertragsparteien zu differenzieren und festzustellen, ob ein "vernünftiger" Verkäufer angenommen hätte, der Käufer verlöre sein Interesse am Vertrag, wenn die Behebung eines Mangels erforderlich wäre.

Bei der Auslegung des Vertrages können - mangels konkreter Anhaltspunkte bezüglich des tatsächlich von beiden Teilen Gewollten - folgende Kriterien eine Rolle spielen:

(i) Hat das Geschäft Fixcharakter, so wird eine Behebung des Mangels gegen den Willen des Käufers ausgeschlossen und sofortige Aufhebung zulässig sein. Die Interessenlage im Fall einer mangelhaften Leistung unterscheidet sich insofern nicht von jener bei Nichtleistung. Aus dem Fixcharakter folgt ein vertraglich geschütztes Interesse des Käufers, am vereinbarten Termin gebrauchsfähige Ware zur Verfügung zu haben¹⁷⁶.

(ii) Kann die Sache leicht repariert werden, wird es dem Käufer in der Regel zumutbar sein, dies selbst durchzuführen oder von örtlichen Fachleuten durchführen zu lassen¹⁷⁷. Die Kosten einer Eigenbehebung können als Schaden geltend gemacht werden¹⁷⁸.

Als Anhaltspunkt für die Vertragsauslegung könnte dienen: vernünftige Parteien hätten dem Käufer Eigenbehebung zugemutet, solange deren

Beweis der Unvorhersehbarkeit gelingt.

¹⁷⁵ Womit Art 8 I WKR einschlägig wäre.

¹⁷⁶ So auch ausdrücklich ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention 74 und HUBER, JBl 1989, 279.

¹⁷⁷ HUBER, JBl 1989, 280.

¹⁷⁸ Vgl nur BIANCA/KNAPP, Commentary 546.

Kosten geringer sind als jene einer Verbesserung durch den Verkäufer oder eines Rücktransports der Ware nach Aufhebung des Vertrages.

(iii) Zweifelt der Käufer berechtigterweise an der Solvenz des Verkäufers (und damit an der Einbringlichkeit der Behebungskosten), ist Eigenbehebung jedenfalls unzumutbar.

(iv) Ist der Mangel nur schwer zu reparieren, so wird zwar nicht die Möglichkeit einer Eigenbehebung die Aufhebung verhindern; der Käufer wird aber trotzdem eine angemessene Frist auf Verbesserung durch den Verkäufer warten müssen - ebenso, wie ihm auch bei Nichtlieferung eine Nachfrist zugemutet wird. Lehnt der Verkäufer eine Verbesserung ab oder bleibt er unangemessen lang untätig, ist die Aufhebung des Vertrages zulässig.

(v) Gleiches gilt für den Fall, daß der Mangel nur durch Austausch behoben werden kann. Auch hier ist dem Verkäufer Gelegenheit zur Mangelbehebung zu geben.

(vi) Sofortige Aufhebung ist zulässig, wenn aufgrund der Vertragsverletzung das Vertrauensverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer extrem gestört und eine Verbesserung durch den Verkäufer deswegen unzumutbar ist. Dies wird bei besonders gravierenden, eventuell auf offensichtlicher Fahrlässigkeit des Verkäufers beruhenden Mängeln der Fall sein. Diese Unzumutbarkeit folgt aber, wie Art 37 WKR zeigt, nicht schon allein aus dem Vorliegen eines Mangels an sich¹⁷⁹.

Diese Kriterien sind, und das sei nochmals betont, *Anhaltspunkte bei der Auslegung des Vertrages*. Sie allein ist die Grundlage für die Qualifizierung eines Nachteils als wesentlich oder unwesentlich. Besondere Umstände des Einzelfalls, Handelsbräuche oder bestehende Geschäftsbeziehungen mit besonderer Vertrauenslage können zur Modifizierung der oben genannten Grundsätze führen. Die Einzelfallentscheidung kann dem Richter in keiner Weise abgenommen werden.

Nach dem Gesagten ist es durchaus möglich, daß ein ursprünglich unwesentlicher Nachteil durch Zeitablauf wesentlich wird: verbessert der Verkäufer nicht, kann der Käufer nach einer gewissen Zeit aufheben, weil die Kaufsache unbrauchbar ist und ihm Eigenbehebung vernünftigerweise nicht zugemutet werden kann¹⁸⁰.

¹⁷⁹ So auch HUBER, *RebelsZ* 490f und ihm folgend HUTTER, *Haftung* 120.

¹⁸⁰ Unnötig ist in diesem Zusammenhang mE die Figur der "zweifachen Vertragsverletzung" (HUBER, *JBl* 1989, 280). Auch ohne formelles Verbesserungsbegehren führt die Nichtbehebung des Mangels durch Zeitablauf

Mit einer "Aufwertung" von unwesentlichen Mängeln durch Setzung einer Nachfrist hat diese Auffassung nichts zu tun. Wohl aber folgt sie aus dem Gedanken, daß das Erfordernis der Nachfristsetzung in Art 49 I b nur der Klarstellung dient und daß auch bei Fehlen dieser Bestimmung Nichtlieferung innerhalb angemessener Zeit eine wesentliche Vertragsverletzung iSd Art 49 I a darstellen würde¹⁸¹. Gleiches muß für die Lieferung mangelhafter Ware gelten, wenn Auslegung des Vertrages ergibt, daß dem Käufer Eigenbehebung nicht zugemutet werden kann und daß zwar sein vertragsleitendes Interesse am Nichtvorliegen des Mangels, nicht aber jenes an der *sofortigen* Brauchbarkeit der Ware geschützt ist.

bbb) Vorhersehbarkeit

Wurde aufgrund Vertragsauslegung festgestellt, daß ein wesentlicher Nachteil des Käufers vorliegt, könnte sich der Verkäufer durch den Nachweis der Unvorhersehbarkeit dieses Nachteils entlasten.

Wie schon in Zusammenhang mit der verspäteten Leistung zeigt sich auch hier, daß der Unvorhersehbarkeitstest des Art 25 einen ursprünglich sinnvollen, nunmehr aber - wegen des geänderten Nachteilsbegriffes - überflüssigen und rechtspolitisch verfehlten Einbruch subjektiver Elemente in das WKR darstellt.

Im Ergebnis wird er dem Verkäufer wenig bringen, da der Nachweis der Unvorhersehbarkeit nur in den seltensten Fällen gelingen wird. Wegen des hier vertretenen vertragsbezogenen Nachteilsbegriffes müßte er ja auf einer Änderung der Umstände beruhen, aufgrund derer der Verkäufer den bei Vertragsabschluß als *wesentlich* erkennbaren Nachteil zur Zeit der Leistungserbringung vernünftigerweise als *unwesentlich* einschätzen konnte.

cc) Zur Problematik des Austauschanspruches

Nach der hier vertretenen Auffassung kann also nicht nur zu erwartende Verbesserung durch den Verkäufer, sondern auch Zumutbarkeit der Eigen-

zur Wesentlichkeit der Vertragsverletzung. Es geht um die Erwartungen des Käufers in bezug auf Verwendbarkeit der Ware und Zeitpunkt der (vollständigen) Vertragserfüllung: sind diese Erwartungen enttäuscht, kann er den Vertrag aufheben.

¹⁸¹ Oben II A 1.

behebung bei der Beurteilung der Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung bedeutsam sein.

Gegen dieses Ergebnis wendet sich WILL mit dem Argument, eine solche Auslegung des Begriffes "wesentliche Vertragsverletzung" habe ja nicht nur Auswirkungen auf das Aufhebungsrecht - "which makes sense" -, sondern auch auf den Austauschanspruch - "the latter makes less sense, since the right to claim substitute goods would be restricted to the few situations where repair is impossible"¹⁸².

Bei der Auseinandersetzung mit diesem Argument muß zwischen zwei Fallgruppen unterschieden werden:

(i) Im Fall **reparaturfähiger Mängel** ist der Austauschanspruch nach der hier vertretenen Auffassung nur dann völlig ausgeschlossen, wenn dem Käufer Eigenbehebung zugemutet wird. Dieses Ergebnis ist aber sachgerecht, wenn man davon ausgeht, daß für den Verkäufer Ersatzlieferung und Aufhebung gleich schwerwiegende finanzielle Belastungen mit sich bringen.

Anderes gilt, wenn die Vertragsauslegung ergibt, daß dem Käufer nicht Eigenbehebung, sondern nur das Warten auf die (angebotene oder zu erwartende) Verbesserung durch den Verkäufer zugemutet werden kann. In diesem Fall ist der Austauschanspruch ebenso wie das Aufhebungsrecht nicht gänzlich, sondern nur solange ausgeschlossen, als nicht eine unzumutbare Verzögerung zur Wesentlichkeit der Vertragsverletzung führt. Dann kann aber sowohl Aufhebung als auch Austausch begehrt werden.

Im Ergebnis heißt das: Solange die Vertragsverletzung noch nicht wesentlich ist, kann der Verkäufer im Rahmen seines Nachbesserungsrechts entscheiden, ob er reparieren oder austauschen will. Sobald die zumutbare Wartezeit abgelaufen ist, kann der Käufer den Vertrag aufheben oder den Verkäufer zur Ersatzlieferung zwingen. Begehrt er dagegen nur allgemein Behebung des Mangels, dann bleibt das Wahlrecht des Verkäufers bestehen¹⁸³.

Dieses Ergebnis ist ebenfalls akzeptabel, ermöglicht es doch dem Verkäufer, den wirtschaftlich eventuell schwererwiegenden Austausch-

¹⁸² BIANCA/WILL, Commentary 357; ähnlich auch von HOFFMANN, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht 299 und LESSIAK, in DORALT (Hrsg), UNCITRAL-Kaufrecht 145.

¹⁸³ Dem Käufer stehen natürlich auch noch Preisminderung und Schadenersatz zur Verfügung.

spruch durch Verbesserung abzuwehren, solange die Vertragsverletzung noch nicht wesentlich ist.

(ii) Handelt es sich dagegen um **irreparable Mängel**, dann ist in der Tat nicht einzusehen, warum dem Käufer der Austauschanspruch nicht sofort zur Verfügung stehen sollte. Der Verkäufer könnte sein auf Art 48 beruhendes Nachbesserungsrecht ohnehin nur durch Ersatzlieferung ausüben. Aus den Protokollen des Unterausschusses ist nicht ersichtlich, daß an diesen Fall auch nur im entferntesten gedacht worden wäre. Das Wesentlichkeitserfordernis in Art 46 II sollte nur dazu dienen, den Verkäufer vor dem wirtschaftlich schwerwiegenden Austauschanspruch zu schützen, wenn durch die Vertragsverletzung kein wesentliches Interesse des Käufers beeinträchtigt wird.

Wenn von vornherein feststeht, daß über kurz oder lang ohne Austausch der fehlerhaften Ware eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen wird, ist dieser Schutz nicht erforderlich. Kein aner kennenswertes Interesse des Verkäufers gebietet es, dem Käufer den Austauschanspruch erst dann zu gewähren, wenn der Verkäufer nicht *freiwillig* innerhalb angemessener Zeit Ersatzware liefert.

Art 46 II ist daher extensiv auszulegen: Handelt es sich um irreparable Mängel, dann ermöglicht es nicht nur das aktuelle Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung, Ersatzlieferung zu begehren. Vielmehr steht der Austauschanspruch dem Käufer schon dann zu, wenn feststeht, daß ohne Ersatzlieferung das Wesentlichwerden der Vertragsverletzung nur mehr eine Frage der Zeit ist¹⁸⁴.

Auch in bezug auf den Austauschanspruch ergeben sich daher keine unlösbaren Probleme, wenn man Fragen der Behebbarkeit bei der Prüfung der Wesentlichkeit miteinbezieht.

4) Vergleich Österreichisches Kaufrecht - WKR

Stellt man die hier vertretene Auffassung zu Art 49 WKR der hM zum

¹⁸⁴ Auf einem anderen Blatt steht, daß ein sofortiges Austauschbegehren des Käufers riskant sein kann, wenn die Reparaturunfähigkeit des Mangels nicht zweifelsfrei feststeht. In einem solchen Fall könnte der Verkäufer gegen das Begehren des Käufers eventuell mit Erfolg einwenden, er sei zur Reparatur der Sache innerhalb angemessener Zeit bereit.

Gewährleistungsrecht des ABGB gegenüber, so zeigen sich zwar Parallelen im Grundsätzlichen, aber doch bedeutende Unterschiede im Detail.

Voraussetzung für jede weitere Überlegung ist in beiden Rechten, daß der Mangel der Kaufsache *ohne Behebung* den üblichen bzw vereinbarten Gebrauch entscheidend beeinträchtigt.

Die Behebbarkeit des Mangels - sei es durch Reparatur, sei es durch Austausch - spielt ebenfalls in beiden Rechten eine Rolle, wenn es um die Möglichkeit des Käufers geht, sich vom Vertrag zu lösen.

Im WKR führt Vertragsauslegung nach dem Reasonable-man-Standard zu diesem Ergebnis. Im ABGB wird die Frage nach der Behebbarkeit anscheinend nach einem objektiven Standard beantwortet; Vertragsauslegung spielt offensichtlich keine Rolle.

Im WKR wird eine problemlose Reparaturmöglichkeit wegen der daraus folgenden Zumutbarkeit der Eigenbehebung die Aufhebung jedenfalls blockieren, sofern nicht der Zeitfaktor wesentlich ist. Behebbarkeit als solche wird diese Wirkung in der Regel für eine gewisse Zeit haben, während welcher der Verkäufer (unaufgefordert, nur auf den Mangel hingewiesen) mit Reparatur oder Austausch reagieren könnte.

Im ABGB kann ebenfalls nicht sofort gewandelt werden, wenn der Mangel behebbar ist. Begehrt der Käufer aber Verbesserung und kommt der Verkäufer damit in Verzug, so soll die Lösung vom Vertrag trotz § 932 ABGB *jedenfalls* möglich sein. Unter bestimmten Voraussetzungen gibt das Irrtumsrecht dem Käufer die Möglichkeit, den Vertrag auch bei behebbaren Mängeln *sofort* durch Anfechtung zu beenden¹⁸⁵.

Die Lösung des WKR ist konsequenter als jene des österreichischen Rechts. Das Prinzip, daß nur schwerwiegende Mängel zur Beendigung des Vertrages berechtigen sollen, wird im WKR durchgehalten. Bei Zumutbarkeit der Eigenbehebung liegt ein solch schwerwiegender Mangel in der Regel eben *nicht* vor.

Nur wenn Behebung zwar möglich, Eigenbehebung aber unzumutbar ist, trifft sich das WKR mit den Ergebnissen des österreichischen Rechts: werden die Mängel nicht innerhalb angemessener Zeit vom Verkäufer behoben, ist die Beendigung des Vertrages zulässig.

Verschieden bleiben aber auch in diesen Fällen die Voraussetzungen: Im WKR muß zwar gerügt, aber nicht ausdrücklich Verbesserung verlangt werden. Es liegt am Verkäufer, einen Verbesserungsversuch zu starten.

¹⁸⁵ Der Frage, ob nationales Irrtumsrecht auch neben dem WKR angewendet werden kann, soll hier nicht weiter nachgegangen werden; vgl dazu bloß BYDLINSKI, in DORALT (Hrsg), Uncitral-Kaufrecht 85f.

Dagegen gibt das ABGB dem Käufer das Vertragsbeendigungsrecht erst nach einem fruchtlosen Verbesserungsbegehren.

Das WKR gelangt zu diesem Ergebnis mit viel weniger dogmatischen Verästelungen als das rechtstechnisch der römischrechtlichen Tradition verhaftete ABGB. Dafür ist die Rechtssicherheit im Bereich des ABGB zumindest solange größer, als die Gerichte bei der dogmatisch nicht zwingenden Lösung der hM bleiben.

Das WKR wird dagegen von der Einzelfallsentscheidung geprägt. Was aufgrund Vertragsauslegung dem Käufer an Eigenreparatur oder Warten auf Behebung durch den Verkäufer zumutbar ist, entzieht sich jeder generalisierenden Aussage. Die Parteien werden daher gut daran tun, sich nicht auf das dispositive Recht zu verlassen, sondern privatautonom Vorsorge zu treffen.

IV. ABSCHLIESENDE BEWERTUNG

A. Zum Konzept der wesentlichen Vertragsverletzung im österreichischen Recht

Zumindest im Bereich von Verzug und Gewährleistung kennt das österreichische Recht der Sache nach den Gedanken, daß nur eine wesentliche Verletzung die Beendigung des Vertrages rechtfertigt. Die Vermutung SCHLECHTRIEMS¹⁸⁶ hat sich also bestätigt.

Die rechtstechnische Ausgestaltung dieses Prinzips ist aber, auch im Vergleich zur nicht gerade einfachen Regelung des WKR, hochkompliziert. Dies liegt vor allem an der althergebrachten Differenzierung zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung, die zwar dogmatisch überwunden wird, aber in jeweils verschiedenen Fristen, Rechtsbehelfen und Erfordernissen der Geltendmachung fortwirkt.

Die Regelung der Leistungsverzögerung gleicht jener des WKR zum Teil bis in die Einzelheiten; bloß in der Technik der Vertragsbeendigung lassen sich Unterschiede feststellen.

Die Beschränkung des Wandlungsrechts auf unbehebbar Mängel ist eine international vielbeachtete Ausformung des Grundsatzes, daß nur schwer-

¹⁸⁶ Oben FN 14.

wiegende Vertragsverletzungen zur Lösung vom Vertrag berechtigen sollen. Daß diese Beschränkung in Lehre und Rechtsprechung bis zur Unkenntlichkeit entstellt wurde, müßte Anlaß zu erneuten Überlegungen geben.

B. Zum Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung im WKR

Im Gegensatz zum österreichischen Kaufrecht wird das WKR nicht nur vom *Prinzip*, sondern auch vom einheitlichen *Begriff* der wesentlichen Vertragsverletzung geprägt. Dieser Rechtsbegriff ist in hohem Maße unbestimmt und kann nach dem hier vorgeschlagenen Konzept nur durch Vertragsauslegung im Einzelfall mit Inhalt gefüllt werden. In diesem Verweis auf die Vertragsbezogenheit der "wesentlichen Vertragsverletzung" liegt die grundsätzliche Bedeutung des Art 25¹⁸⁷.

Damit entscheidet sich das WKR im alten Spannungsverhältnis für Einzelfallsgerechtigkeit und gegen Rechtssicherheit. Das Risiko der beschwerten Partei, vom Richter über die Unwesentlichkeit einer Vertragsverletzung belehrt zu werden, nachdem sie bereits die Aufhebung erklärt und dementsprechend disponiert hatte, ist groß¹⁸⁸. Dieses Risiko kann auch nicht mehr, wie im EKG, systemwidrigerweise in jedem Fall durch Nachfristsetzung beseitigt werden¹⁸⁹.

Diese Entscheidung für Einzelfallsgerechtigkeit und gegen Rechtssicherheit wurde wahrscheinlich nicht bewußt getroffen. Sie dürfte viel eher auf der Notwendigkeit beruhen, bei der Abfassung von internationalem Einheits-

¹⁸⁷ Und daher hat diese Bestimmung auch entgegen der oben (FN 19) genannten Aussage EÖRSIS eine eigenständige Funktion.

¹⁸⁸ Insbesondere da die Aufhebungserklärung außergerichtlich erfolgen kann (Art 26 WKR), was vor allem im französischsprachigen Schrifttum (wegen des Vorbilds von Art 1184 Code Civil) zu heftigen Diskussionen führt: vgl. bloß NIGGEMANN, *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal* 1988, 42 (für die Lösung des Art 26 WKR) mit TALLON, in *Law in East and West / Recht in Ost und West* 605 und GHESTIN, *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal* 1988, 23 (für Aufhebung nur durch Urteil).

¹⁸⁹ Diese fehlende Möglichkeit bedauert von HOFFMANN, in *SCHLECHTRIEM* (Hrsg.), *Einheitliches Kaufrecht* 300; vgl. auch LESER, in *SCHLECHTRIEM* (Hrsg.), *Einheitliches Kaufrecht* 231.

recht die Gräben zwischen unterschiedlichen Standpunkten durch Formelkompromisse zu überbrücken.

Der unbestimmte, ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriff der wesentlichen Vertragsverletzung läßt dem Richter einen weiten Spielraum. Auf ihm ruht die Last der Entscheidung, während es dem Rechtsdogmatiker versagt bleibt, im voraus für jeden Einzelfall die "richtige" Lösung angeben zu können. Diese "präskriptive" wird von einer "konsultativen" Dogmatik¹⁹⁰ abgelöst: Aufgabe des Theoretikers ist es nur noch, den Weg vorzuzeichnen, auf dem der zur Streitentscheidung berufene Rechtsanwender zu intersubjektiv verstehbaren, vertretbaren Ergebnissen gelangen kann.

Eine solche Beschränkung der Dogmatik, verbunden mit einer weiten Ermessensfreiheit des Richters, muß nicht in jedem Fall negativ gesehen werden. Ein "Bewegliches System" im Deliktsrecht¹⁹¹ ist ebenso denkbar wie das Abstellen auf "alle Umstände des Einzelfalles" in "personkern-nahen"¹⁹² Sachverhalten des Familienrechts.

Ob diese Gesetzgebungsmethode aber gerade im internationalen Vertragsrecht angebracht ist, muß ernsthaft bezweifelt werden.

¹⁹⁰ Zum Begriff FLESSNER, in BYDLINSKI et al (Hrsg), Bewegliches System 174ff.

¹⁹¹ Dazu WILBURG, Elemente 29, 38 et passim; DERS, Entwicklung 1ff. Zur praktischen Umsetzung des theoretischen Konzepts vgl KOZIOL, in BYDLINSKI et al (Hrsg), Bewegliches System 51ff.

¹⁹² Also in Sachverhalten, die den Menschen in seiner ganzen Existenz, nicht nur bezüglich seines Vermögens betreffen; zum Begriff vgl STEININGER, JBl 1971, 217.

LITERATURVERZEICHNIS

- APATHY**, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften und den verabredeten Gebrauch, Juristische Blätter 1975, 572.
- BASEDOW**, Die Reform des deutschen Kaufrechts. Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht im Auftrag des Bundesministers der Justiz (Köln 1988).
- BEINERT**, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt. Dissertation Bonn 1977 (Bielefeld 1979).
- BIANCA/BONELL (Hrsg)**, Commentary on the International Sales Law (Mailand 1987). (Zitat: BIANCA/Bearbeiter, Commentary).
- BONELL**, Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980, Juristische Blätter 1985, 385.
- La nouvelle convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Droit et pratique du commerce international 7 (1981) 7.
- BYDLINSKI**, Das allgemeine Vertragsrecht, in DORALT (Hrsg), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich um österreichischen Recht (Symposium Baden/Wien 17.-19.4.1983) (Wien 1985) 57.
- Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (Wien, New York 1985).
- BYDLINSKY/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER (Hrsg)**, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (Wien, New York 1986).
- von **CAEMMERER**, Internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts, Schweizerische Juristen-Zeitung 1981, 257 (= Gesammelte Schriften III (Tübingen 1983) 87).
- Die wesentliche Vertragsverletzung im international Einheitlichen Kaufrecht, in Festschrift COING II (München 1982) 33 (=Gesammelte Schriften III (Tübingen 1983) 67).
- CANARIS/SCHILLING/ULMER (Hrsg)**, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., 5. Lieferung (§§ 373-376 HGB) (Berlin 1985). (Zitat: Großkommentar HGB/Bearbeiter § RZ).
- DÖLLE (Hrsg)**, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964 (München 1976). (Zitat: DÖLLE/Bearbeiter Art RZ).

- EBENROTH**, Internationale Vertragsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen ABGB, IPR-Gesetz und UN-Kaufrecht, Juristische Blätter 1985, 262.
- EHRENZWEIG**, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1. Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (Wien 1951).
- ENDERLEIN**, Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in SARCEVIC/VOLKEN (Hrsg), International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (New York, London, Rom 1986) 133.
- ENDERLEIN/MASKOW/STARGARDT**, Kaufrechtskonvention der UNO (mit Verjährungskonvention) - Kommentar (Berlin 1985). (Zitat: ENDERLEIN et al, Kaufrechtskonvention)
- EORSI**, A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, The American Journal of Comparative Law 31 (1983) 333.
- FARNSWORTH**, Rights and Obligations of the Seller, in Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf (Kolloquium Lausanne 19.-20.11.1984) (Zürich 1985).
- FELTHAM**, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Journal of Business Law 1981, 346.
- FLESSNER**, Bewegliches System und Bereicherungsrecht, in BYDLINSKY/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER (Hrsg), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (Wien, New York 1986) 159.
- GALSTON/SMIT (Hrsg)**, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Conference held by the Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University; October 1983 (New York 1984).
- GHESTIN**, Les obligations du vendeur selon la Convention de Vienne du 11 avril 1980, sur les contrats de vente internationale de marchandises / The Obligations of the Seller according to the Vienna Sales Convention of the 11th April 1980, on Contracts for the International Sale of Goods, Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 1988, 5.
- GRUBER**, Zum Begriff "verhindert" in § 932 ABGB, Österreichische Juristen-Zeitung 1989, 106.
- HELLNER**, Das internationale Kaufrecht aus dem Blickwinkel der Gesetzgebungstechnik, Zeitschrift für Gesetzgebung 1988, 249.

- von **HOFFMANN**, Gewährleistungsansprüche im UN-Kaufrecht - verglichen mit dem EKG und BGB, in **SCHLECHTRIEM** (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (Fachtagung Freiburg i. Br. 16./17.2.1987) (Baden-Baden 1987) 293.
- HONNOLD**, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention (Deventer 1982).
- HONSELL**, Aktuelle Probleme der Sachmängelhaftung, Juristische Blätter 1989, 205.
- HUBER**, Die Haftung des Verkäufers für Verzug und Sachmängel nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen, Juristische Blätter 1989, 273.
- Leistungsstörungen: Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in Bundesminister der Justiz (Hrsg), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (Köln 1981) 647.
 - Die Rechtsbehelfe der Parteien, insbesondere der Erfüllungsanspruch, die Vertragsaufhebung und ihre Folgen nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB, in **SCHLECHTRIEM** (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (Fachtagung Freiburg i. Br. 16./17.2.1987) (Baden-Baden 1987) 199.
 - Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, RabelsZ 1979, 413.
- HUTTER**, Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980. Dissertation Regensburg 1988 (Regensburg, ohne Datum).
- JEN-HUONG WANG**, Das Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 87 (1988) 184.
- KLANG/GSCHNITZER** (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. (Wien 1948-1978). (Zitat: KLANG/Bearbeiter Bd S)
- KOZIOL**, Bewegliches System und Gefährdungshaftung, in **BYDLINSKY/KREJCI/SCHILCHER/STEININGER** (Hrsg), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (Wien, New York 1986) 51.
- Österreichisches Haftpflichtrecht I 2. Aufl. (Wien 1980).
- KOZIOL/WELSER**, Grundriß des bürgerlichen Rechts I 8. Aufl. (Wien 1987).

KRAMER, Die Abgrenzung von Gewährleistungs- und Nichterfüllungsfolgen im ABGB, Juristische Blätter 1972, 401.

- Grundfragen der vertraglichen Einigung (Wien 1972).

LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. (München 1987).

- Lehrbuch des Schuldrechts II/1: Besonderer Teil, 13. Aufl. (München 1986).

LANGE, Schadensersatz. Handbuch des Schuldrechts I (Tübingen 1979).

LESER, Vertragsaufhebung und Rückabwicklung unter dem UN-Kaufrecht, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (Fachtagung Freiburg i. Br. 16./17.2.1987) (Baden-Baden 1987) 225.

LÜDERITZ, Pflichten der Parteien nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB, in SCHLECHTRIEM (Hrsg), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (Fachtagung Freiburg i. Br. 16./17.2.1987) (Baden-Baden 1987) 179.

MAYRHOFER, Schuldrecht. Allgemeiner Teil (Wien 1986) (3. Auflage des Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts von EHRENZWEIG).

MICHIDA, Cancellation of Contract, The American Journal of Comparative Law 27 (1979) 279.

MÜNCHENER KOMMENTAR zum BGB, 2. Aufl. (München, ab 1984). (Zitat: Münchener Kommentar/Bearbeiter § RZ).

NIGGEMANN, Les obligations de l'acheteur sous la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises / Buyer's Obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal 1988, 27.

PALANDT (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch, 48. Aufl. (München 1989). (Zitat: PALANDT/Bearbeiter § Anm).

PLANTARD, Droits et obligations de l'acheteur, in Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf (Kolloquium Lausanne 19.-20.11.1984) (Zürich 1985) 111.

POSCH, Pflichten des Käufers, Rechtsbehelfe des Verkäufers, Gefahrenübergang und Schadenersatz, in DORALT (Hrsg), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich um österreichischen Recht (Symposium Baden/Wien 17.-19.4.1983) (Wien 1985) 153.

RABEL, Das Recht des Warenkaufes I (Berlin, Leipzig 1936).

- REISCHAUER**, Das Wesen der Gewährleistung im römischen und im geltenden Recht, Österreichische Juristen-Zeitung 1976, 57.
- RUMMEL**, Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage, Juristische Blätter 1981, 1.
- RUMMEL (Hrsg)**, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 1983-1984). (Zitat: RUMMEL/Bearbeiter § RZ).
- SARCEVIC/VOLKEN (Hrsg)**, International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (New York, London, Rom 1986).
- SCHACK**, Der Schutzzweck als Mittel der Haftungsbegrenzung im Vertragsrecht, JZ 1986, 305.
- SCHEIFELE**, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers nach deutschem und UN-Kaufrecht. Dissertation Freiburg 1986 (Rheinfelden 1986).
- SCHLECHTRIEM**, Einheitliches Kaufrecht. Erfahrungen mit den Haager Kaufgesetzen - Folgerungen für das Wiener UN-Kaufrecht, Recht der Wirtschaft 1989, 91.
- Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), JZ 1988, 1037.
 - Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über internationale Warenkaufverträge - Darstellung und Texte (Tübingen 1981).
 - Uniform Sales Law (Wien 1986)
- SCHLECHTRIEM (Hrsg)**, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (Fachtagung Freiburg i. Br. 16./17.2.1987) (Baden-Baden 1987).
- SCHLECHTRIEM/MAGNUS**, Internationale Rechtsprechung zum EKG und EAG (Baden-Baden 1987).
- SCHWIMANN (Hrsg)**, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen (Wien, seit 1987). (Zitat: SCHWIMANN/Bearbeiter § RZ).
- SOERGEL (Begr)**, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. (1978-1984), I 12. Aufl. (Stuttgart, Berlin, Köln 1987). (Zitat: SOERGEL/Bearbeiter § RZ).
- STAUDINGER (Begr)**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. (Berlin, seit 1980). (Zitat: STAUDINGER/Bearbeiter § RZ).
- STEININGER**, Die Auslegung im Zivilrecht und in der gesamten Rechtsordnung, Juristische Blätter 1971, 217.
- STRAUBE (HRSG)**, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Wien 1987). (Zitat: STRAUBE/Bearbeiter § RZ).

TALLON, La résolution du contrat pour inexécution imputable au débiteur: des droits nationaux à la Convention des Etats-Unis (sic) sur les contrats de vente internationale de marchandises (C.V.I.M.), in Institute of Comparative Law, Waseda University (Hrsg), Law in East and West / Recht in Ost und West (Tokio 1988) 597.

TERCIER, Droits et obligations de l'acheteur, in Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf (Kolloquium Lausanne 19.-20.11.1984) (Zürich 1985) 119.

TREITEL, Remedies for Breach of Contract (Courses of action open to the party aggrieved), in International Encyclopedia of Comparative Law VII, chapter 16 (Tübingen, Den Haag 1976).

TUNC, La notion de contravention essentielle dans la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, in Collection of Studies on Foreign and Comparative Law on the Occasion of the 25th anniversary of the Institute and in Honour of Professor Borislav T. BLAGOJEVIC (Belgrad 1981).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees (Vienna, 10 March - 11 April 1980) (New York 1981).

WELSER, Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion, in DORALT (Hrsg), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht (Symposium Baden/Wien 17.-19.4.1983) (Wien 1985) 104.

- Zwei Fragen des Gewährleistungsrechts, Juristische Blätter 1982, 585.

WELLSPACHER, Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle, Gerichtszeitung 1908, 69.

WIENER ÜBEREINKOMMEN VON 1980 ÜBER DEN INTERNATIONALEN WARENKAUF (Kolloquium Lausanne 19.-20.11.1984) (Zürich 1985).

WILBURG, Elemente des Schadensrechts (Marburg/Lahn 1941).

- Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (Graz 1952).

- Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jehrings Jahrbücher 82 (1932) 51.

WILHELM, Entscheidungsbesprechung, Juristische Blätter 1974, 425.

- Entscheidungsbesprechung, Juristische Blätter 1980, 262.

- Entscheidungsbesprechung, Juristische Blätter 1982, 40.

- Festsetzung oder Gewährung der Nachfrist beim Rücktritt vom Vertrag, Juristische Blätter 1976, 515.

WILHELM, Gewährleistungsfristen beim erfolglosen Verbesserungsversuch, Recht der Wirtschaft 1986, 102.

- Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung, Juristische Blätter 1975, 118.

ZIEGEL, The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: some Common Law Perspectives, in GALSTON/SMIT (Hrsg), International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International sale of Goods. Conference held by the Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University; October 1983 (New York 1984) chapter 9.

ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung II 2. Aufl. (Tübingen 1984).

ÖSTERREICHISCHE ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNGEN:

Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen. (Zitat: SZ Band/Nummer).

Handelsrechtliche Entscheidungen. (Zitat: HS Nummer des Leitsatzes/Nummer der im Volltext abgedruckten Entscheidung).

Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, enthalten in der Österreichischen Juristen-Zeitung. (Zitat: EvBl Jahr/Nummer).